

# **A Lógica das Provas em Matéria Criminal**

**LIVRARIA CLASSICA EDITORA**

**Nicola Framarino dei Malatesta**  
ADVOGADO

# A Lógica das Provas em Matéria Criminal

Com um prefácio do Prof. EMILIO BRUSA

TRADUÇÃO DE J. ALVES DE SÁ

2.<sup>a</sup> EDIÇÃO



**LISBOA**  
LIVRARIA CLÁSSICA EDITORA  
**DE A. M. TEIXEIRA & C.<sup>a</sup> (FILHOS)**  
PRAÇA DOS RESTAURADORES, 17  
1927

# A SANTA MEMÓRIA

DE

MINHA MAE

**Angiola de Nataristefani**

Junto de quem a minha vida lo doce, da  
uma doçura qna nunca mais se encontra e da  
qual tôda a recordação é para mim um exemplo  
a uma inspiração de bem.

# PREFÁCIO<sup>1</sup>

Desde que as modernas legislações tem abandonado pouco a pouco as fórmulas do processo inquisitoria, a antiga teoria das provas avaliadas *à priori* pela lei, tem cedido sucessivamente o lugar a convicção íntima do juiz. Já ninguém duvida, hoje em dia, que êste facto constitui um grande progresso nos julgamentos penais.

E fácil, porém, cair no exagêro ao determinar-lhe os beneficios.

As fórmulas da acusação, da discussão oral, ou exame immediato das provas, do julgamento contraditório entre partes juridicamente iguais, e da publicidade, são as que permitem, no melhor modo e graus possíveis, a reprodução viva, directa e sincera do drama criminoso nas salas dos tribunais. O juiz, que no processo inquisitório, favorecido pela lei com uma confiança ilimitada, reunia em suas mãos as duas funções de acusador e defensor, parecia mais oprimido sob o pêso enorme das faculdades que tinha, do que verdadeiramente senhor da matéria, com que devia construir a sua sentença. Mesmo depois da abolição da tortura, que trouxe atrás de si uma profunda transformação da verdade judiciária em verdade *substancial*, de *formal* que era nos indícios necessários para a aplicação da tortura e na confissão que com ela se obtinha, mesmo depois, dizia, sem o expediente da confissão, raras vezes, e não sem trabalhos, teria o juiz soberano podido desembaraçar a sua consciência, comquanto afeita

<sup>1</sup> São postas aqui, como prefácio desta obra, as palavras que, em 1895, o ilustre Prof. Brusa proferiu perante a *Accademia Reale delle Scienze di Torino*, por ocasião da primeira publicação da *Logica delle prove in criminale*.

ao hábito formalístico, das numerosas contradições em que a todo o instante mais se deixava enredar nas frias informações que colhia nos autos escritos: sobretudo para a prova específica do autor do facto imputado e da sua criminalidade, mantinha-se em todo o caso, como consequência necessária daquele sistema, uma luta entre inquirente e inquirido. Se a tudo isto se junta o vínculo imposto a esta mesma consciência do juiz pela obrigação de se subordinar ao valor genêricamente atribuído pelo legislador para todos os casos a cada elemento de prova, quer considerado em si mesmo isoladamente, quer combinado com outros elementos, e isto prescindindo absolutamente da convicção dêsse juiz, ver-se há facilmente êste descer não poucos degraus da altíssima cátedra em que o colocara, delegado da sua autocracia, o monarca no antigo regime centralizador.

Pois bem, não obstante as mais válidas e mais seguras garantias de longa duração, que às liberdades civis oferecem as fórmulas acusatórias em confronto com as inquisitoriais, quem há que suspeitasse, precisamente nas primeiras, aninhada, antes guardada com os mais zelosos cuidados por um direito incomparavelmente precioso, aquela íntima, inverificável convicção, fruto indistinto, quer de um raciocínio sério e prudente, quer de uma irreflexão instintiva e indómita, a que hoje por tôda a parte os legisladores submetem o critério das sentenças criminais, não somente de absolvição, mas também de condenação dos homens?

Talvez que a lei da compensação deva ser tão verdadeira na ordem dos factos morais e sociais, como na dos factos físicos e mecânicos, e que, quando a soberania absoluta do juiz tenha já completado o seu tempo por uma dada forma de manifestação, tenha ela que tornar inevitavelmente em revindita uma outra?

Estas considerações e outras semelhantes sugeriram na mente do criminalista e do historiador o espectáculo das alternativas, a que de há séculos tem sido sujeito o ordenar dos processos judiciais para a investigação da verdade em tôrno dos crimes e de seus autores. Sem desenvolver a cadeia destas ideias de índole geral, convém no entanto notar o facto de que nos processos

hodiernos, conduzidos segundo um sistema mixto, ou *intarsiati* (como lhes chamava Carmignani que não tinha fé nêles), na Europa continental, juntamente com a íntima convicção foi-se difundindo pouco a pouco na doutrina e na prática a importância das regras probatórias. Não por que não tenham já aparecido obras de grande valor; pois que para demonstração consoladora do contrário bastaria, para nos limitarmos às mais afoutadas, recordar as de Glaser, o exímio autor do código do processo penal austríaco de 1873: em que decerto se deixou ao juiz togado, não menos que ao júri, a plena liberdade de sentenciar segundo a própria e íntima convicção e sem freios legais de avaliação das provas. Mas mais talvez do que os trabalhos desta natureza, no campo da doutrina, agrada aos estudiosos a investigação dos institutos probatórios sob o aspecto histórico e de erudição; e no da jurisprudência prática, já de há tempo introduziu e se vai cada vez mais alargando o hábito, especialmente perante os juízes populares, mas também perante os juízes jurisperitos, de excitar os sentimentos de uns e de outros, de comover os ânimos, descurando mais ou menos, ou antes pondo em segunda linha, os argumentos severos da razão lógica e da experiência. E que ó este, e não outro, o facto, pode facilmente deduzir-se mesmo da freqüente ligeireza e por vezes nulidade dos motivos, que na vaga e indeterminada origem da sua convicção os juízes permanentes, obrigados como são a enunciá-los, costumam tomar como suficientes para justificar as suas declarações sôbre a existência do corpo de delito da criminalidade do arguido.

Estamos, em resumo, na época em que a paciência do investigador e do crítico parece exaurir-se tôda, ou em grande parte, na investigação de competência científica. Quanto aos outros cuidados em prega-se a rapidez adequada às condições e razões próprias das outras coisas de todos os dias. Permanecem bem assim, pelo menos na Itália, complicados e lentos os processos; mas quanto aos julgamentos finais, o espírito irrequieto teve um tal poder, que a sua instauração não só tem que ser imediata, mas costuma até ser rapidíssima, como uma inspiração espontânea, irresistível, de uma mente privilegiada.

Em um tal estado de coisas, escrever entre nós um tratado completo das regras da lógica judiciária em matéria de provas penais, torna-se já de per si um facto muito notável. E é esta a razão por que eu julguei chamar, com algumas ideias gerais, a atenção dos estudiosos sobre a obra do snr. Framarino. No entanto, atendendo à sua natureza de índole necessariamente analítica, nada direi dela, a não ser que, conquanto restrita no seu conjunto talvez um pouco formal da lógica sómente, constitui uma obra rica de grande valor, e, sobretudo, sob o ponto de vista da constituição esquemática, do rigor e da fôrça do raciocínio, e mesmo da clareza da exposição (se bem que um pouco carregado por frequentes referências às demonstrações precedentes). O autor, com uma agudeza rara sempre que ocorra penetrar em questões da natureza das que se suscitam desde o princípio de qualquer estudo sério sobre a prova, conseguiu entrar, sob mais de um ponto de vista, talvez mais profundamente do que anteriormente se conseguira, nas dificuldades espinhosas e que tão freqüentemente se mostram rebeldes à crítica dos tratadistas e dos práticos. Manifestam-no abertamente as suas demonstrações, aqui felizes e além muito importantes, ora da insuficiência, umas vezes do testemunho único, outras da mera confissão, e ora igualmente da necessidade da prova do *corpus criminis*, sempre que seja o caso, não de absolver ou de livrar da acusação, mas de afirmar a criminalidade e pronunciar a condenação; como também as belas declarações acêrca do onus da prova, sobre a verdadeira natureza dos crimes de facto permanente e suas consequências judiciárias, como do que respeita à grave questão de muito interesse prático, relativa aos limites das investigações probatórias no crime, dependentes da existência de um contracto, que o formalismo próprio da lei civil proíbe provar mediante simples testemunhos.

I

No que respeita ao plano geral da obra, basta advertir, que o tratado completo se desdobra em cinco partes. Analisados em primeiro lugar os estados de alma relativamente ao conhecimento da realidade, ela ocupa-se por isso da discussão da prova: até aqui genêricamente. Passando em seguida ao vivo das dificul-



dades jurídicas, examina para esse fim a prova nas suas varias espécies, que o autor distingue nitidamente em objectiva, subjectiva e formal; subdistinguindo, como é racional, a primeira em directa e indirecta, a segunda em real e pessoal, enquanto que a terceira, concernente as formas da prova, resume-as tôdas nas três categorias de testemunhal, documental e material.

É para augurar que uma obra tão meditada e de um valor não comum, encontre entre nós um digno acolhimento, e tal, que até o seu jovem aator tenha de ser recompensado, assim como reconfortado nos seus sérios e doutos estudos futuros.

E. BRUSA.

# INTRODUÇÃO

O crime, que, individualmente, é o facto do homem que com as suas contingências particulares se concretizou como uma violação particular de um direito particular, pode ser considerado específica e genéricamente: especificamente, em relação às condições essenciais que constituem, por aquele facto particular humano, uma determinada violação do direito; genericamente, em relação às condições essenciais pelas quais esse facto humano constitui, não esta ou aquela espécie de violação, mas uma violação do direito em geral.

Considerando o facto humano como uma individualidade que constitui uma dada espécie de violação criminosa, tem-se distinguido o crime em *instantâneo* e *continuado*, conforme a violação do direito se *extingue* num só momento, ou *prossegue* mesmo depois do momento da sua consumação.

Ora, se o crime, considerado especificamente, se apresenta, como instantâneo ou como continuado; considerado ao contrário sob o aspecto genérico, apresenta-se sempre como *continuado*.

Não pode conceber-se um direito, sem obrigação correlativa; não pode conceber-se um direito, sem a ideia do respeito que êle deve legitimamente inspirar: se o reconhecimento ou a negação de reconhecimento do direito de um, dependesse do capricho dos outros, o direito deixaria de ser direito. Esta crença em que os direitos devem legitimamente inspirar respeito, constitui a *tranquilidade jurídica* do individuo e da sociedade. Esta opinião do respeito pelos direitos, sendo essencial ao conceito dos direitos, é também ela um direito: é o direito da *tranquilidade jurídica*, direito genérico que constitui não só a força, mas, direi quási,

o ambiente em que respiram, vivem e têm valor praticamente todos os direitos particulares.

Ora, todo o facto criminoso particular, considerado genericamente, enquanto constitui um crime em geral, viola o direito da *tranquilidade jurídica*; e enquanto se resolve numa tal violação, constitui sempre um crime *continuado*. Todo o crime particular não é, com efeito, mais que uma afirmação explícita da falta de respeito ao direito; não é senão a exteriorização, em um facto externo, de uma ameaça contra todos os direitos, iguais ou inferiores ao direito violado: é uma afirmação explícita e com factos, de que se está pronto a calcar algum direito, de respeitabilidade igual ou menor do que o direito violado, sempre que entre em luta com as próprias paixões. Esta ameaça não se extingue com o acto consumativo da violação do direito particular, mas continua ainda a sua vida criminosa; até que esta continuação de sua vida seja detida pela *pena*. A pena não vem já ferir o delinquente pela sua violação consumada de um direito particular: relativamente a esta, *factura infectum fieri nequit*, e só ficaria como legítima a acção civil. A pena vem ferir o delinquente, para interromper a continuação da sua acção criminosa contra a tranquilidade jurídica do ofendido e da sociedade inteira.

Sob este aspecto compreende-se claramente como o direito de punir encontra o seu princípio superior, e a sua legitimidade, na *defeza directa do direito*, tanto quanto às penas *cominadas* pelo legislador, como quanto às penas *impostas* pelos juízes: a pena não se impõe legitimamente, só porque foi legitimamente, porque, desde que é imposta, se resolve numa defeza *actual* e prática do direito, contra a acção criminosa, *continuada*, do violador.

Sob este aspecto, compreende-se facilmente como a pena, negando o crime, afirma o direito. A pena já não nega o crime, porquanto consiste na violação particular de um direito; esta violação particular, por isso que se efectuou concretamente, não pode ser anulada por nenhuma força humana. A pena impede, ao contrário, eficazmente, o crime, porquanto este consiste numa violação, *continuada*, do direito da tranquilidade jurídica: A pena

impede e susta esta continuação: e assim, impedindo que a acção criminosa continui a negar o direito da tranquilidade jurídica, torna-o firme.

Sob êste aspecto, a afirmação e a especificação do direito contra o delinquente, não é tanto uma *acção*, quanto uma *reacção* penal; e a pena resolve-se propriamente em uma *interrupção do crime*<sup>1</sup>.

Sob este aspecto, se a pena atinge o crime por que é uma violação, continuada, da tranquilidade jurídica, compreende-se em todo o caso, que êste crime genérico da violação da tranquilidade é maior ou menor, segundo a maior ou menor gravidade que apresenta o crime concreto contra o direito particular; e por isso proporcionando a pena ao crime particular cometido, proporciona-se à violação da tranquilidade jurídica.

Resumindo, a pena é uma *interrupção do crime*, porquanto êste viola, com uma acção continuada, a tranquilidade jurídica. Esta interrupção do crime, que constitui a pena, esta interrupção da continuação da ameaça contra os direitos, encontra a sua legitimidade *substancial* na defeza directa do direito; e encontra a sua legitimidade *formal*, ou na restrição perpétua da liberdade do que ameaça, eliminando-o da sociedade, ou na restrição temporária da sua liberdade; restrição perpétua ou temporária de liberdade, que, ao mesmo tempo que susta *materialmente* a eficácia da ameaça, deve também procurar anulá-la *moralmente*, corrigindo o criminoso e desanimando os que teem más inclinações. A *defeza directa do direito*, exercida com fórmulas que impedem materialmente a continuação do crime, e que moralmente se dirigem à *correccção* do delinquente e à *intimidação* dos maldosos: eis a pena legítima: eis o que pode restabelecer aquela tranquilidade social que o crime, com acção continuada, perturbava.

Portanto, como o princípio da pena consiste na defeza do

<sup>1</sup> Considerando assim a pena, não há sistema que valha para pôr em perigo a sua legitimidade racional; se me não engano, mesmo para a nova escola penal é êste o melhor ponto de vista para a legitimidade da pena.

direito, assim a sua finalidade consiste no restabelecimento da tranquilidade social.

Ora, dêste modo o princípio como o fim da pena levam a uma e mesma conclusão: a pena só deve atingir quem *é certamente* réu.

Quanto ao princípio da defeza jurídica, é êle em princípio universal, compreendendo em si a defeza de todos os direitos. Ora, em face do direito, que a sociedade ofendida tem, de punir o réu, existe em todo o juízo penal, o direito do que tem de ser julgado a não ser punido, se não é réu. O fim supremo, por isso, de tôda a ordem processual, que se inspire na defeza jurídica, deve ser conciliar e defender ao mesmo tempo êstes dois direitos; e a conciliação obtem-se punindo sòmente no caso de certeza sôbre a criminalidade. E na verdade, se a sociedade ofendida tem o direito de punir o réu, não tem comtudo o direito de ver sacrificar no seu altar uma vítima, seja ela qual fôr, culpada ou inocente; não: o direito da sociedade só se afirma racionalmente como direito de punir o *verdadeiro* réu; e para o espírito humano só é *verdadeiro* o que é *certo*. Por isso, absolvendo em caso de dúvida razoável, presta-se homenagem ao direito do que tem de ser julgado, e não se calca o direito da sociedade.

Se se atende ao fim da tranquilidade social, a que a pena deve dirigir-se, descobrir-se há que a pena só pode servir para esse fim, quando atinja quem é realmente réu.

A pena que ferir um inocente, perturbará mais profundamente a tranquilidade social, do que a teria perturbado o crime particular que se procura punir; porquanto todos se sentiriam na possibilidade de serem, por sua vez, vítimas de um êrro judiciário. Lançai, pequena que seja, na consciência social uma dúvida sôbre a aberração da pena, e esta deixará de ser a segurança dos honestos, mas será a grande perturbadora daquela mesma tranquilidade para cujo restabelecimento foi chamada; ela não será mais a defensora do direito, mas a fôrça imane que pode, por sua vez, esmagar o direito imbele. Se a pena pudesse cair também sôbre quem não é realmente réu, além da agressão do nosso direito por parte do indivíduo, produziria o pavor da agressão

por parte da lei. Às forças do indivíduo que comete a agressão podem sempre, por fim, opôr-se as forças do agredido: é a luta entre homem e homem. Mas aquilo que espantaria os mais corajosos, seria a consumação da agressão da própria lei sobre o nosso direito: cada um perceberia que toda a sociedade, sob o falso nome e a falsa divisa de Justiça social, poderia de um momento para outro cair sobre cada indivíduo, esmagando-o, como um grão de trigo sob a mó de um moinho.

Uma matrona, com a fronte olímpicamente serena, e que pesa as acções humanas, já não seria o símbolo da justiça; não: a Justiça não apareceria aos cidadãos, bons ou maus, senão qual uma Deusa temível, monstruosamente sêca e surda à verdade: na sua figura ver-se-iam as linhas e as sombras, com que a imaginação dos antigos devia ter revestido a terrível e impenetrável figura do *Fatum*! A possibilidade, por isso, de condenar sem a certeza da criminalidade, deslocaria a pena da sua base legítima, da defeza do direito, e torna-la-ia inimiga do próprio fim da tranqüilidade social, para que deve tender. Por isso a pena, já pelo princípio em que se inspira, já pelo fim a que tende, só pode impôr-se legitimamente, quando se obteve a *certeza* do facto da criminalidade.

Estudar as leis racionais que regem a verificação do facto da criminalidade, é o objecto da ciência que se denomina *lógica judicial*; estudar as forças judiciais que melhor concretizam e garantem esta certeza do facto, é o objecto da *arte judicial*. Naquela ciência e nesta arte, assenta o paládio das liberdades dos cidadãos. \*

Assim como o código das penas deve ser a espada infalível para ferir os delinquentes, assim também o código das fórmulas, inspirando pelas teorias da lógica sã, ao mesmo tempo que deve ser o braço que guia com segurança aquela espada ao peito dos réus, deve ser também o escudo inviolável da inocência. E sob êste aspecto que o Código de processo penal, que é o corolário legislativo da ciência e da arte judicial, é o índice seguro do respeito pela personalidade humana, e o termómetro fiel da civilização de um povo.

2

Lógica judicial, Arte judicial, Processo: eis a trilogia racionalmente decrescente, que conduz a um juízo justo.

Referindo-nos particularmente ao juízo penal, tentamos neste livro um prospecto da Lógica judicial: ciência árdua e importante, sem a qual o direito de punir nas mãos da sociedade não seria mais que um açoute nas mãos de um louco.

Se o tempo e os cuidados urgentes da vida nos permitirem, tentaremos, em outro livro, o desenvolvimento da arte judicial; e em um terceiro livro tentaremos talvez mesmo, finalmente, um estudo sobre o Processo penal positivo, coordenando-o sob os princípios já expostos, de Lógica e de Arte judicial.

Giovinazzo (Prov. di Bari), janeiro, 1894.

# PRIMEIRA PARTE

## **Estados de espírito relativamente ao conhecimento da realidade**

### PREÂMBULO

Sendo a prova o meio objectivo pelo qual o espírito humano se apodera da verdade, a eficácia da prova será tanto maior, quanto mais clara, ampla e firmemente ela fizer surgir no nosso espírito a crença de estarmos de posse da verdade. Para se conhecer, portanto, a eficácia da prova, é necessário conhecer como a verdade se refletiu no espírito humano, isto é, é necessário conhecer qual o estado ideológico, relativamente à coisa a verificar, que ela criou no nosso espírito com a sua acção.

Consequentemente, para estudar bem a natureza da prova, é necessário começar por conhecer os efeitos que ela pode produzir na consciência, e para este conhecimento é necessário saber antes de mais nada os estados em que pode encontrar-se o espírito, relativamente ao conhecimento da realidade. Conhecendo, portanto, qual destes estados de conhecimento se induziu na consciência pela acção da prova, obter-se há a determinação do valor intrínseco desta.

O estudo dos vários estados de espírito, relativamente ao conhecimento da realidade, é o objecto desta primeira parte do livro.

Relativamente ao conhecimento de um determinado facto, o espírito humano pode achar-se em estado de ignorância, de dúvida ou de certeza.



A dúvida é um estado complexo. Existe dúvida, em geral, sempre que uma asserção se apresenta com motivos afirmativos e motivos negativos: ora, pode dar-se a prevalência dos motivos negativos sobre os afirmativos, e tem-se o improvável; pode existir igualdade entre os motivos afirmativos e os negativos, e tera-se o crível no sentido específico; pode dar-se, finalmente, a prevalência dos motivos afirmativos sobre os negativos, e tem-se o provável. Mas o improvável não é propriamente senão o contrário do provável: o que é provável pelo lado dos motivos menores, e por isso a dúvida reduz-se propriamente às duas únicas sub-espécies simples do crível e do provável.

É assim que, recapitulando, o espírito humano, relativamente ao conhecimento de um dado facto, pode encontrar-se no estado de *ignorância*, ausência de todo o conhecimento; no estado de *credulidade*, no sentido específico, igualdade de motivos para o conhecimento afirmativo; no estado de *certeza*, conhecimento afirmativo, triunfante.

Pondo de parte a ignorância, que é um estado absolutamente negativo, que não interessa examinar, é a principal matéria desta primeira parte do livro, o estudo dos três estados positivos que consistem na credibilidade, na probabilidade e na certeza.

Mas se o espírito humano chega ao conhecimento de um objecto dado por um caminho ascendente, começando pelo estado negativo da ignorância, e subindo sucessivamente aos estados, gradualmente mais perfeitos, do crível, do provável e do certo, o estudo destes estados, por isso, sob o ponto de vista do método, tornar-se há mais eficaz prosseguindo por ordem inversa: depois de falar da espécie mais perfeita do conhecimento, tornar-se há metódicamente mais claro falar das espécies menos perfeitas.

Procederemos assim no nosso tratado estudando era primeiro lugar a certeza, que é o estado mais perfeito do conhecimento afirmativo, passando sucessivamente a estudar as espécies gradualmente menos perfeitas, da probabilidade e da credibilidade.



## CAPITULO 1 Certeza, sua

## natureza e espécies

A verdade, em geral, é a conformidade da noção ideológica com a realidade; a crença na percepção desta conformidade é a certeza. A certeza é, portanto, um estado subjectivo do espirito, que pode não corresponder à verdade objectiva. A certeza e a verdade nem sempre coincidem: por vezes tem-se a certeza do que objectivamente é falso; por vezes duvida-se do que objectivamente é verdade; e a própria verdade que parece certa a uns, aparece por vezes como duvidosa a outros, e por vezes até como falsa ainda a outros.

E não é já, por assim dizer, porque se tenha a pretensão de romper todas as relações existentes entre a alma humana e a realidade exterior: não é porque haja pretensão de destacar por um corte nítido a certeza da verdade, caindo em pleno pirronismo. Nós admitimos que a certeza deriva normalmente do influxo da verdade objectiva; mas dizemos que, comquanto derive normalmente da verdade, ela não é a verdade: não é mais que um estado da alma, que pode, por vezes, devido à nossa imperfeição, não corresponder à verdade objectiva. Nós dizemos que a certeza, considerada na sua natureza intrínseca, qual é, não qual seria melhor que tosse, consistindo em um estado subjectivo da alma, é estudada como tal, e não já confundida com a realidade exterior.

Os escritores de lógica que admitiram a natureza subjectiva da certeza, quando quiseram determinar as suas espécies, deixaram-se guiar frequentemente, como todos os outros, pelo critério da verdade objectiva, sem atenderem a que, por esta forma, acabavam por retratar a premissa de que tinham partido. Quando a certeza é classificada em espécies determinadas, não pode admitir-se certeza que não entre em uma dessas espécies; e se o critério que determina as espécies é objectivo, não há certeza que não seja determinada por critério objectivo: a subjectividade da

certeza perde-se por isso durante o caminho. Em seguida veremos os êrros a que isto conduz. Por agora, urge afirmar que, admitida a natureza subjectiva da certeza, quando se queira determinar lógicamente as suas espécies, não deve recorrer-se se não a critérios subjectivos: se a certeza é um estado da alma humana, é nesta que devem procurar-se as determinações específicas daquela: procedendo de modo diverso, desnatura-se a certeza.

Mas, em particular, quais serão em tal matéria os critérios que conduzem à determinação das espécies?

Considerando a certeza em si, como estado da alma, ela é simples e indivisível; e portanto sempre idêntica a si mesma. Não podem por isso deduzir-se os critérios diferenciais, determinantes das espécies, da natureza intrínseca da certeza: a certeza, como tal, é sempre e para todos, a crença na conformidade entre a noção ideológica e a verdade ontológica; é sempre e para todos, por outros termos, a posse que se crê ter da verdade.

Mas o espírito humano pode chegar a esta posse que se crê ter da verdade por caminhos diversos. E parece-nos que nestes diversos caminhos pelos quais o espírito humano chega à conquista da certeza, devem pdr-se de lado os critérios subjectivos, a que é necessário recorrer para determinar as suas várias espécies.

Vejamos como o espírito humano chega à crença de possuir a verdade.

Nós não possuímos a verdade enquanto não existe no espírito a sua percepção; e dentre as várias faculdades do espírito humano uma há cuja função é indispensável para a percepção da verdade, seja de que natureza fôr. Esta faculdade é a inteligência.

Mas a inteligência umas vezes chega por si só à posse da verdade, outras necessita do auxílio dos sentidos.

As verdades, consideradas subjectivamente, enquanto ao modo como o espírito se apodera delas, dividem-se por isso, em primeiro lugar, em duas grandes categorias: a verdade cuja posse o espírito adquire pela simples percepção intelectual, ó a verdade puramente inteligível; a verdade cuja posse o espírito não pode

adquirir sem o concurso dos sentidos, nos limites desta necessidade é a verdade sensível.

Mas não basta: continuemos na análise.

A inteligência, dissemos, é faculdade indispensável para a percepção da verdade de qualquer natureza, quer seja puramente inteligível, quer sensível. Mas para chegar à verdade, a inteligência tem duas funções diversas: a intuição e a reflexão. É por isso bom considerar estas duas funções intelectivas, tanto relativamente às verdades inteligíveis, quanto às sensíveis, para determinar as várias espécies de certeza que delas derivam.

Começemos por considerar as duas sobreditas funções intelectivas relativamente às verdades inteligíveis.

Como a verdade em geral é a conformidade da noção ideológica com a realidade, dizemos, por isso, que a crença da percepção desta conformidade é a certeza. Ora referindo-nos em especial à verdade puramente inteligível, a certeza, esta opinião de ter a verdade, pode, antes de tudo, derivar da sua percepção *imediate*: é o caso da intuição pura, o caso da intuição, primeira função intelectiva, em relação intelectiva, em relação às verdades puramente inteligíveis: tem-se em primeiro lugar a realidade ideológica que Be afirma; e a certeza que se tem, é filha da evidência ideológica, e é *certeza intuitiva puramente lógica*.

Outras vezes a verdade puramente inteligível não se percebe por via *imediate*: chega-se a ela por intermédio da outra realidade ideológica presente na nossa mente. Esta outra verdade percebida directamente, fazendo-nos conhecer a verdade que procuramos e que não percebemos directamente, constitui a sua demonstração, e dá-nos a sua certeza. A função do intelecto que neste caso nos conduz de uma verdade conhecida a uma ignota, é a reflexão; e o meio com que a reflexão conduz o nosso espírito de uma a outra verdade é sempre o raciocínio. A verdade que chegamos a conhecer, revela-se-nos sob a luz de uma verdade mais geral: é a luz das verdades mais gerais que se expande sobre as particulares, fazendo-as conhecer. Ora, quando se trata do conhecimento de verdades puramente inteligíveis, a verdade geral que as demonstra, percebe-se directamente; e desta, por

dedução, extrai-se a verdade particular, demonstrada, que se pretende verificar: é o método evolutivo das ciências puramente racionais. A certeza que dêle deriva é a *certeza reflexa puramente lógica*.

I Das verdades puramente inteligíveis, como tais, só pode pois obter-se, quer por intuição quer por reflexão, a *certeza puramente lógica*.

Mas esta certeza puramente lógica, quer intuitiva quer reflexa, nunca é a de que é necessário tratar-se no crime. Em matéria criminal trata-se sempre da verificação de factos humanos; e não é decerto a propósito de um facto humano, como é o facto criminoso, que pode falar-se da evidência de uma verdade puramente inteligível, e assim de uma certeza intuitiva metafisicamente axiomática: não há facto humano sem a materialidade que o exteriorise, e esta só se pode obter por meio dos sentidos. Da mesma forma não pode obter-se no crime a certeza reflexa puramente lógica. Esta baseia-se no método evolutivo, pelo qual de uma verdade puramente inteligível, percebida directamente, se deduz outra. Ora, quando se trata da verificação de factos materiais e contingentes, não pode haver uma tal certeza; pela própria materialidade e contingência de tais factos, não é possível deduzi-los sem a percepção sensória, evolutivamente, de uma verdade puramente inteligível.

Consequentemente, a intuição pura, ou a evidência ideológica, como o raciocínio puro, ou a dedução ideológica, não são fundamentos de certeza aproveitáveis no crime.

Passemos a considerar a intuição e a reflexão relativamente àquelas verdades que chamamos *sensíveis*.

São verdades sensíveis tanto as que em si mesmas são constituídas por uma materialidade só perceptível por meio dos sentidos, e que podem chamar-se em particular verdades *sensíveis materiais*, quanto as que, comquanto sendo em si mesmas factos psíquicos, como os factos da nossa consciência, só podem perceber-se através da materialidade em que se exteriorizam, e que podem chamar-se em particular verdades *sensíveis morais*. É este o campo da certeza em matéria criminal.

As verdades *sensíveis materiais* podem perceber-se tanto pela intuição como pela reflexão. As verdades *sensíveis morais* só se podem perceber por meio da reflexão. Consideremos era primeiro lagar as verdades sensíveis materiais em quanto são perceptíveis por meio da intuição; coisa que dá lugar a uma espécie simples de certeza. Passaremos em seguida a considerar a verdade sensível tanto material como moral, emquanto é perceptível por meio de reflexão; coisa que dá lugar, como veremos, a uma certeza mixta.

Relativamente, pois, às verdades sensíveis da primeira classe, às que consistem em materialidade perceptível somente pelos sentidos, relativamente a estas, dissemos, a certeza pode antes de tudo derivar da percepção imediata da realidade física, de que se tem a noção: tem-se em frente a coisa material que se afirma; a certeza é filha da evidência física, e é *certeza intuitiva física*. A intuição é sempre uma função intelectual, mesmo relativamente às verdades sensíveis de que aqui falamos. Mas a propósito do tais verdades sensíveis percebidas directamente, é necessário observar que a acção do intellecto é simplicíssima e, direi, acessória da acção dos sentidos: afirma, apreendendo, o que os sentidos lhe fornecem: é a intuição, direi assim, sensitiva, a intuição dos sentidos, a percepção intelectual do que se sente. É isto, sempre que se considere a verdade sensível, como aqui é considerada, em si mesma, e não nas possíveis deduções não sujeitas aos sentidos, que podem extrair-se dela. Tratando-se, pois, de verdades materiais percebidas directamente, o trabalho do intellecto é simplicíssimo, e é acessório da acção dos sentidos: afirma aquilo que os sentidos lhe apresentam. É por isso que a esta certeza intuitiva das materialidades físicas chamamos, sem mais, *certeza física*, desprezando na denominação a indicação do elemento intelectual que é acessório, e que não consiste numa cooperação propriamente activa do intellecto.

Eis, segundo nos parece, as duas espécies primitivas da certeza, bem distintas entre si: certeza *puramente lógica*, relativa às verdades puramente inteligíveis, e que é a que se obtém pelo trabalho exclusivo do intellecto, mediante a intuição ou a refle-

xão; certeza principalmente *física*, relativa às verdades sensíveis, e que é a que se obtém principalmente por obra dos sentidos, a que adere acessoriamente o intelecto com a intuição dos sentidos. Chamando *simplesmente lógica* a primeira certeza, poder-se há chamar *simplesmente física* a segunda, não já, repito, porque não concorra para ela o intelecto, mas porque não intervem nela com um trabalho propriamente activo e principal.

São estas, segundo a nossa opinião, as que são consideradas como as duas únicas espécies *simples* da certeza: certeza simplesmente lógica, que é a crença na posse da verdade, que nos é revelada somente pelo intelecto; certeza simplesmente física, que é a crença na posse da verdade, revelada em nós pelos sentidos, a que se junta acessoriamente o intelecto com a intuição dos sentidos.

Mas estas duas espécies simples nem sempre andam separadas; muitas vezes combinam-se entre si. Neste caso tem-se uma terceira espécie de certeza: a *certeza mixta*; e é esta a certeza mais frequente em matéria criminal. À percepção da realidade física por obra dos sentidos, a que se junta acessoriamente a inteligência intuindo os sentidos, vem juntar-se frequentemente o *concurso activo* da inteligência, que, pela reflexão, conduz da realidade física percebida directa e materialmente à afirmação de uma realidade física ou moral não percebida em si, directa e materialmente. Isto tem sempre lugar no que respeita ao conhecimento daquelas verdades sensíveis que chamamos morais, porque consistem em uns fenómenos do espírito humano que se percebem através da materialidade em que se exteriorizam: os sentidos recebem estas materialidades, e a inteligência, pela reflexão, sobe delas à afirmação dos factos morais da consciência. É isto mesmo também tem lugar, frequentemente, quando se trata do conhecimento de verdades sensíveis materiais: a percepção sensória da materialidade de uma verdade sensível pode conduzir, por meio da reflexão intelectual, à afirmação de uma outra verdade sensível material, em relação com a primeira, e não percebida directamente.

Em outros termos, nós consideramos a verdade sensível em relação à *intuição*, primeira função da inteligência, supondo-a

percebida por via *imediate*; e chamamos certeza *física*, a que daí deriva. Agora consideramos a verdade sensível no que respeita à segunda função intelectual, que é a *reflexão*, e encontramos em face da certeza *mixta*.

A verdade sensível nem sempre é percebida, nem sempre se pode perceber, por via *imediate*; muitas vezes chega-se a ela por via *mediate*: partindo de uma verdade sensível percebida directamente passa-se à afirmação de uma outra verdade não percebida directamente. Um facto físico conduz-nos ao conhecimento de outro facto físico ou moral; e o facto que nos conduz ao conhecimento de outro não percebido directamente, constitui a sua *prova*. É sempre a reflexão intelectual que nos conduz do conhecido ao desconhecido; e aí nos conduz por meio do raciocínio. O raciocínio, instrumento universal da reflexão, é a primeira e mais importante fonte da certeza em matéria criminal. É tão pobre o campo das nossas verificações pessoais que, limitando-nos a êle, seríamos envolvidos pelo desconhecido: é o raciocínio que, alargando seus augustos limites, alarga a nossa visão intelectual para horizontes indeterminados. Quando, partindo de uma verdade sensível percebida directamente, a inteligência, por meio da reflexão, nos conduz à afirmação de uma outra verdade, a certeza que deriva em nós de tais percepções, é certeza *mixta* de física e de lógica. É certeza *física* emquanto à verdade sensível percebida directamente: é certeza *lógica* emquanto à verdade não percebida pelos sentidos, e a que nos conduz a inteligência; e, esta última, é certeza *lógica*, comquanto também tenha por objecto uma realidade física, por isso que esta realidade física, na nossa hipótese, é percebida pelo espírito *imaterialmente*, por um trabalho completamente intelectual.

Vejamos em que consiste êste trabalho intelectual, que, de uma realidade física conhecida, nos conduz a uma realidade física ou moral desconhecida, fazendo-a perceber sempre imaterialmente.

A propósito da reflexão relativamente às verdades puramente inteligíveis, dissemos que é a luz das verdades mais gerais, que se derrama sôbre as particulares, tornando-as conhecidas, e que o instrumento de que a reflexão se serve para recolher, direi



assim, os raios das verdades gerais, e concentrá-los sôbre as verdades particulares, é o raciocínio. Dissemos que, tratando-se de verdades puramente inteligíveis, a verdade geral, que as demonstra, é percebida directamente, e desta por dedução se extrai a verdade particular que se quer verificar; e é este precisamente o método evolutivo das sciências abstractas. Também dissemos que quando se trata da verificação de factos particulares, estes, devido a sua materialidade e contingência, não podem deduzir-se evolutivamente de verdades puramente inteligíveis.

Ora, passando a falar particularmente da reflexão relativamente às verdades sensíveis, observaremos que, mesmo tratando-se destas, para concluir, por via do raciocínio, qualquer coisa sôbre um facto particular, há sempre necessidade de uma verdade mais geral de que se parta. No entanto, esta verdade mais geral, para concluir sôbre verdades sensíveis, não pode ser uma verdade puramente intelectual, pois que, como dissemos, das verdades puras da razão não podem deduzir-se as contingências físicas: de que natureza será pois esta verdade? Qual é portanto o método que segue a inteligência para concluir sôbre factos particulares?

Na grande e indefinida variedade dos factos físicos e morais, existem analogias no modo de ser e de actuar das coisas e dos homens. Tôdas estas analogias, observadas sôbre o ponto de vista das causas que as produzem, constituem as que se chamam *leis naturais*: leis físicas e leis morais. Se estas conformidades se observam ao contrário sob o ponto de vista da harmonia da sua existência, constituem o que se chama *ordem*, que se concretiza no *constante*, ou no modo *ordinário*, de ser e de actuar da natureza. Ora, quando se trata de chegar por via mediata ao conhecimento de verdades sensíveis, a reflexão deriva precisamente desta verdade geral, que, sob um ponto de vista, se chama *lei natural*, e sob outro, *ordem*; verdade geral que não é uma verdade puramente da razão, mas uma verdade *experimental*, por isso que o espírito humano sobe para ela por indução da consideração das várias contingências particulares não percebidas directamente. Estas leis naturais, a que a reflexão chega por indução, e que resolvem tôdas, concretamente, no modo de sêr e

de actuar constante ou ordinário da natureza, são a luz perene que ilumina a multidão, de outra forma obscura e desordenada, das contingências físicas; é sob esta luz que uma coisa tem valor para verificar outra; é assim que se determina a eficácia probatória em uma coisa ou em uma pessoa, que funcionam como prova. Partindo-se da ideia geral da ordem como modo de ser e de actuar *constante* da natureza, deduzem-se conseqüências *certas*; partindo-se da ideia de ordem como modo de ser e de actuar *ordinário* da natureza, deduzem-se conseqüências *prováveis*. Como a relação específica *constante* entre um efeito e uma dada causa conduz a afirmar *com certeza* esta causa, quando se percebe concretamente aquele efeito, assim a relação específica *ordinária* entre um efeito e uma dada causa leva, ao contrário, a afirmar simplesmente com *probabilidade* esta causa, quando se percebe concretamente aquele efeito. Como a relação específica *constante* entre uma substância e um atributo conduz a afirmar *com certeza* este atributo na substância indivisa que se considera, assim a relação específica *ordinária* entre uma substância e um atributo leva a afirmar simplesmente com *probabilidade* este atributo na substância indivisa.

Mas esta teoria da lei natural, como ideia geral experimental, a que a mente chega por indução, e de que sobe por dedução, a propósito de uma verdade física que se percebeu, à afirmação de outra verdade a esta conexas, esta teoria, dizia, será mais detalhada e claramente desenvolvida, quando falarmos do caminho lógico do espírito humano relativamente às provas indirectas.

Aqui basta-nos observar que a reflexão, segunda função da inteligência, aplicando-se às verdades sensíveis, dá lugar a uma terceira espécie de certeza, e que esta terceira espécie de certeza é a certeza *mixta*. Principia-se pela percepção sensória de uma dada materialidade: os sentidos colhem directamente e principalmente uma dada materialidade, relativamente à qual se tem uma certeza *física*. A reflexão, em seguida, função intelectual, subordinando esta materialidade particular à ideia geral experimental da ordem, faz com que desta materialidade, conhecida por

percepção directa, sejamos conduzidos ao conhecimento de um ignoto que, com quanto seja material por sua natureza, não é percebido *material e sensivelmente*, e é por isso, para o nosso espírito, como que uma realidade ideológica. Àquele ignoto, conhecemo-lo como objecto de uma simples operação intelectual, e não de uma sensação; e por isso a reflexão enquanto nos leva por um trabalho todo êle intelectual ao conhecimento dêsse ignoto, percebido assim imaterialmente, gera em nós uma certeza *lógica*. Temos portanto razão de chamar *certeza miada* a esta espécie de certeza, proveniente da reflexão em relação às verdades sensíveis.

Esta certeza mixta é, pois, subdividida em três subespécies, determinadas pela diversa orientação do trabalho racional: a reflexão pode desenvolver a sua acção aclarando a relação *entre a afirmação e a coisa afirmada*, estabelecendo a verdade da afirmação, o que sucede nas provas materiais indirectas; pode desenvolver também a sua acção aclarando simplesmente a relação *entre o afirmante e a afirmação*, estabelecendo a veracidade do afirmante, o que sucede nas provas pessoais directas; e pode, finalmente, desenvolver a sua acção para aclarar a dupla relação entre o afirmante e a afirmação e entre a afirmação e a coisa afirmada, o que sucede nas provas pessoais indirectas, isto é, no caso de que a afirmação de uma pessoa tenha por objecto uma afirmação indirecta de alguma coisa. Mas veremos tudo isto claramente dentro em pouco.

Concluindo, temos pois três espécies de certeza: certeza simplesmente lógica, certeza simplesmente física e certeza mixta; e esta última subdivide-se em três subespécies, que dentro em pouco determinaremos claramente.

A certeza *simplesmente lógica*, quer intuitiva quer reflexa, não é possível relativamente *ao facto* do delicto, pelas razões que expozemos anteriormente.

A certeza *simplesmente física* é possível para o juiz relativamente ao delicto, mas em casos raros. Esta certeza verifica-se no caso do crime cometido em audiência, sob os olhos do juiz que tem de o julgar, e verifica-se limitadamente à materialidade percebida do facto criminoso ocorrido. Esta certeza verifica-se

também no caso de materialidade criminosa, que, comquanto produzida fora do juízo, no entanto, pela sua permanência, é apresentada em juízo, e submetida à percepção directa do juiz. Tõda a materialidade por isso que faz fé da própria existência é fonte de certeza física. E digo: *por isso que faz fé da própria existência*, porque de uma materialidade directamente percebida pode por meio de um trabalho de raciocínio, ser-se conduzido à afirmação de uma outra verdade contingente, e enquanto a esta outra verdade já não se obteria certeza física, mas lógica. A propósito, digamos, quanto a um escrito falso, se se apresenta em juízo o escrito materialmente alterado, esta alteração percebida directamente, enquanto a si mesma é fonte de certeza física. Mas poder-se-ia de uma tal alteração material, de cuja existência se tem a certeza física, ser também levado a determinar a pessoa que o alterou, o meio empregado para a alteração, e finalmente a intenção que se tinha ao alterá-lo. Ora, relativamente a estas afirmações ulteriores, a certeza já não seria física, mas lógica. É fonte, repita-mo-lo, de certeza física, tõda a materialidade percebida directamente, por isso que faz fé da sua própria existência ; por outros termos, é fonte de certeza física aquela espécie de prova que nós chamamos prova *material directa*, por isso que é directa.

Aqui, entre parentesis, uma observação explicativa: colocando-nos sob o ponto de vista da *forma* probatória, pelas razões que exporemos em seu lugar, nós chamamos prova *material*, a que se indica geralmente com o nome de prova *real*. £ fecho o parentesis.

Passemos a falar da terceira espécie de certeza, isto é, da *certeza mixta*. E esta a rica e importante certeza, sôbre que assenta principalmente a lógica criminal. Esta espécie de certeza, dissemos, subdivide-se em três subespécies. Ora, estas três subespécies da certeza mixta, distinguimo-las com as denominações de certeza *físico-lógica*, certeza *físico-histórica* e certeza *físico-lógico-histórica*. Procedamos, pois, ao exame de cada uma destas subespécies, para determinar claramente a sua natureza especial.

1.º Certeza *físico-lógica*, ou *lógica*, por antonomasia.

Suprimindo a indicação do elemento sensório desta certeza, por isso que êste elemento é comum a tôdas e três subespécies da certeza mixta, podemos por antonomasia chamar-lhe *lógica*, sem receio de equívocos; porquanto sabemos que relativamente ao facto criminoso não pode haver certeza simplesmente lógica; e por isso sempre que em matéria criminal se fala de certeza lógica não pode entender-se pròpriamente, senão a certeza físico-lógica.

Esta certeza verifica-se, portanto, DO caso em que da percepção sensória imediata de um facto material, de cuja existência se tem por isso a certeza física, se passa por meio do trabalho do raciocínio a afirmar um outro facto não percebido sensível e imediatamente, criando, por isso, relativamente a êste, uma certeza lógica. Percebe-se imediatamente uma materialidade diversa do delicto, e subordinando esta materialidade à ideia geral experimental do modo de ser e de actuar constante da natureza, passa-se à afirmação do delicto em um dos seus elementos. Assim, a propósito de adultério, a percepção do recente parto de uma mulher casada, separada material e constantemente, suponhamos, há dois anos, do marido, conduz à afirmação da reunião venérea dela com um homem que não é seu marido, isto é, à afirmação do seu adultério: obter-se há por isso dêste adultério uma certeza físico-lógica.

Como se vê, nesta espécie de certeza, o trabalho do raciocínio dirige-se principalmente a aclarar a relação que existe entre o facto indicativo e o facto indicado, isto é, entre *afirmação e coisa afirmada*. Tendo-se percebido sensível e directamente um dado facto, a reflexão desenvolve a sua acção para mostrar como ó que, partindo daquêle dado facto, se deve concluir pela verdade de um outro facto não percebido directamente.

É fonte de certeza físico-lógica a prova *material indirecta*, o indício que se funda na percepção directa das coisas materiais.

Veremos depois, em lugar próprio, como o indício só se subordina normalmente à ideia do modo de ser e de actuar

*ordinário* da natureza, e só pode por isso conduzir normalmente a consequências prováveis, e não certas.

2.º *Certeza físico-histórica*, ou histórica por antonomásia.

Esta certeza verifica-se quando, havendo a percepção imediata e sensória da palavra articulada ou escrita de uma pessoa que atesta, e havendo, assim, certeza física da existência de tal palavra, por meio de trabalho de raciocínio se passa a estabelecer «rédito na pessoa que faz fê, isto é, se passa a estabelecer a veracidade na pessoa que atesta, para concluir pela verdade da coisa atestada. Como se vê, é fonte desta certeza a afirmação directa da pessoa, ou, noutros termos, a prova pessoal directa. A testemunha afirma ter visto Tício perpetrando o furto. Quando a reflexão chega a estabelecer a veracidade do testemunho, passa-se naturalmente, sem qualquer outro trabalho lógico, à afirmação da acção furtiva de Tício.

Desta noção deduz-se que a certeza físico-histórica não é propriamente mais do que uma determinação particular da certeza físico-lógica, determinação particular que se funda no indicio particular da reflexão. Nos outros casos de certeza lógica, compreendidos na classe precedente, o trabalho do raciocínio encaminha-se a esclarecer e estabelecer a relação *entre a afirmação e a coisa atestada*; encaminha-se a esclarecer como a afirmação de uma coisa deve fazer crer em uma outra coisa, que é, assim, a coisa atestada. Nos casos de certeza lógica compreendidos sob a denominação particular de certeza histórica, ao contrário, o raciocínio dirige-se a esclarecer e estabelecer a relação *entre a pessoa que afirma e a afirmação*. E o raciocínio que, na afirmação de pessoa, nos esclarece sobre a natureza desta relação, induzindo-nos a havê-la como uma relação de veracidade ou de falsidade; isto é, fazendo-nos dizer: o testemunho é verídico; ou vice-versa: o testemunho é falso. E, como em toda a relação, também nesta a luz provém da natureza dos termos: é a natureza do testemunho (verosímil, não contraditório, etc), é a natureza da testemunha (proba, desinteressada, etc), é a natureza destes termos subordinada à ideia do modo de ser e de actuar constante da natureza, que nos leva à afirmação de que a relação

que existe entre afirmante e afirmação, é uma relação de veracidade. Quando pois, na afirmação directa de pessoa, se estabeleceu pelo trabalho do raciocínio a relação de veracidade entre a pessoa que atesta e a afirmação, a relação de conformidade entre a afirmação e a coisa atestada é uma consequência natural, espontânea, que não requer trabalho algum activo da inteligência.

É sob o ponto de vista da relação entre afirmação e coisa afirmada, relação que na prova *material indirecta* é afirmada por trabalho do raciocínio, e que na prova *peçoal directa* é afirmada naturalmente, sem esforço algum lógico, é sob este aspecto que o indício foi considerado pelos tratadistas como uma prova *artificial*, e o testemunho foi considerado como uma prova *natural*; coisa que, sempre sob este aspecto, só é verdade enquanto se considera o indício em relação com o testemunho *directo*, como melhor veremos em lugar próprio.

Repitamos, concluindo: fonte da certeza histórica é a afirmação directa de uma pessoa, e a certeza histórica difere da certeza lógica em que na primeira o raciocínio dirige-se unicamente ao esclarecimento e determinação da relação *entre a pessoa que afirma e a afirmação*, e na segunda, ao contrário, dirige-se principalmente ao esclarecimento e estabelecimento da relação *entre a afirmação e a coisa afirmada*; na primeira a coisa provada está em imediata conexão com a prova, e a mente, de um modo natural, sem esforço, passa duma para a outra; na segunda, ao contrário, é por meio de trabalho do raciocínio que se passa da prova à coisa provada.

3.º Certeza *físico-histórico-lógica*, ou simplesmente *histórico-lógica*.

Esta certeza resulta da concomitância das duas certezas precedentes; verifica-se quando a afirmação de uma pessoa tem por objecto uma afirmação indirecta de uma coisa, isto é, quando o facto material que serve para indicar o delito ou o delinquente não é imediatamente percebido na sua materialidade pelo juiz, mas é, ao contrário, afirmado pela testemunha. Neste caso, depois de ter percebido imediatamente, por via dos sentidos, a palavra atestado da testemunha, de cuja palavra, articulada ou escrita,

se tem por isso certeza física, é necessário passar por isso por meio de trabalho do raciocínio à determinação da veracidade da testemunha, a qual veracidade acreditada por um trabalho de reflexão constitui em especial a certeza *histórica*; e passar finalmente, por meio de outro trabalho do raciocínio, à determinação da relação probatória, que o facto afirmado pela testemunha, tem com o delito que por êle se quer determinar: e êste outro trabalho do raciocínio constitui em especial a certeza *lógica*. Eis porque chamamos a esta certeza físico-lógico-histórica, que tem por fonte a prova pessoal indirecta, isto é, a afirmação indirecta, de uma coisa, como conteúdo da afirmação de uma pessoa.

Eis, pois, determinadas as espécies e subespécies, em que classificamos a certeza. Não há prova possível que não encontre o seu lugar em alguma das classes por nós designadas. Com efeito, uma prova só pode ser rial ou pessoal: a prova rial e a prova pessoal só podem pois ser directas ou indirectas. Ora, considerando estas várias espécies probatórias, vemos que elas se subordinam, todas, à nossa classificação da certeza: a prova rial directa é fonte de certeza *física*; a prova rial indirecta é fonte de certeza *lógica* (no sentido de físico-lógica); a prova pessoal directa é fonte de certeza *histórica*; a prova pessoal indirecta é fonte, finalmente, de certeza *histórico-lógica*. Qualquer que seja a prova encontra o seu lugar natural em uma das classes por nós designadas; é esta a luminosa contra-prova da exactidão da nossa classificação.

Mas se nós, partindo de uma noção subjectiva da certeza, do conceito da certeza como estado de alma, temos procedido à determinação das suas espécies com critérios igualmente subjectivos, não é assim, digamo-lo, que se tem feito geralmente. Tem-se procedido, geralmente, à determinação das espécies de certeza sob o critério objectivo das verdades, que podem ser objecto dela. Atendendo a que existem verdades necessárias, como a da inferioridade da parte ao todo, verdades constantes como a da maleabilidade do ouro, e verdades eventuais como a da conquista que César fez das Gálias, com êstes mesmos três critérios da necessidade, da constância e da eventualidade, faz-se distinção da cer-



teza em metafísica, física e eventual <sup>1</sup>. E esta distinção objectiva foi adoptada até por aqueles que tinham afirmado a natureza subjectiva da certeza, sem atenderem a que, procedendo assim, caíam em flagrante contradição: admitia-se como subjectivo um género, cujas espécies eram consideradas, tôdas e sempre, objectivas.

A distinção da verdade em necessária, constante e eventual é exactíssima, emquanto se refere à verdade. Mas se se quer aplicar esta mesma distinção à determinação das espécies de certeza, e da sua natureza, não se faz mais do que desnaturar a certeza. A certeza não é mais do que um estado subjectivo do espírito humano: seja de que natureza fôr a verdade, ela só é certa para o espírito humano emquanto se julga conforme ao conceito que dela se tem. É nesta crença da conformidade da noção ideológica com a verdade ontológica, que assenta a essência da certeza ; e por isso quando a verdade ontológica nos parece conforme com a noção que dela temos, ela é sempre, e do mesmo modo, igualmente certa para nós, seja qual fôr a sua natureza. Uma, objectivamente, será verdade necessária, outra constante, outra eventual; mas se tôdas as três nos parecem existentes no mundo da realidade, tal qual nos são presentes ao pensamento, tôdas as três serão do mesmo modo certas para nós.

Esta classificação da certeza com critérios objectivos, não tem sido, pois, formulada por todos com a exactidão ontológica que reconhecemos, emquanto à verdade em si, na distinção supracitada de verdade metafísica, física e eventual. Há tratadistas que, ao contrário, têm falado de certeza metafísica, física e *moral*, e têm tomado como certeza *moral* a que deriva da afirmação pessoal, e neste sentido os mais correctos chamaram-lhe *histórica*. Pode ser que me engane, mas parece-me que, reduzida assim, a classificação só serve para originar cada vez maiores confusões. Em primeiro lugar vê-se facilmente que a certeza moral, neste sentido, não corresponde à certeza eventual: dos

Veja GALLUPPI, *Elementi di filosofia*, vol. IV.

factos eventuais, que são não só os factos livres do homem, mas também os factos particulares e extraordinários da natureza física, dos factos eventuais, dizia, pode haver certeza não só por relações alheias, mas também por percepção própria directa. Disto conclui-se que a certeza moral, ou histórica se assim se quer dizer, como espécie de certeza, não pode incluir-se na classificação objectiva acima exposta: é considerada em si, com critério particular; e este critério particular é um critério subjectivo, como vimos na nossa classificação, falando precisamente da certeza histórica, como de uma subespécie da certeza mixta. A distinção, pois, da certeza em metafísica, física e histórica, é uma distinção heterogénea, que começa com critérios objectivos, e vai terminar num critério subjectivo, que só serve para criar confusões.

Também tem havido quem, precavendo-se da monstruosidade lógica de uma distinção heterogénea nas suas partes, tenha dado uma significação homogénea e subjectiva à supracitada distinção de certeza metafísica, física e histórica: é metafísica, dizem, a certeza proveniente do simples raciocínio; é física a proveniente dos sentidos corporais; é histórica a proveniente das afirmações alheias. Mas, compreendida assim a classificação da certeza, conquanto tenha o mérito da subjectividade homogénea, é contudo incompleta e inaceitável.

Para nos convenceremos da inexactidão de tal classificação, basta lançar um golpe de vista sobre as provas, e procurar subordiná-las às espécies de certeza. Consideremos em matéria particular a prova *material indirecta*, isto é, o indício puro percebido directamente na sua materialidade pelo juiz, e não já acreditado sob a fé da afirmação pessoa]: de que certeza será fonte a prova *material indirecta*? De certeza metafísica, não; reconhece-se há facilmente, quando se não trate de verdades puramente racionais. De certeza histórica, tampouco; pois que estamos na hipótese da materialidade do indício ser percebida directamente pelo juiz. Será, então, fonte de certeza física? Examinemos.

Para julgar da natureza de uma dada certeza, é necessário referi-la ao seu objecto, isto é, à coisa que se verifica. Ora, quando se fala de prova material indirecta, fala-se de um facto material

directamente percebido, que serve para nos fazer conhecer um outro facto, não percebido directamente, e que queremos verificar: a êste outro facto, que não percebemos com os nossos sentidos, somos conduzidos pela reflexão; chegamos aí por meio do trabalho do raciocínio; e no entanto dêste outro facto, que é precisamente o que verificamos com a prova material indirecta, não temos certeza física, mas certeza lógica. Talvez se diga que deve falar-se de certeza física, só porque se parte da percepção sensória, directa, das materialidades do facto indicador? De modo algum! é, esta, uma lei comum a tôda a certeza mista: começa-se sempre por perceber directamente com os nossos sentidos as materialidades daquilo que constitui a prova, para passar em seguida a crer, por trabalho lógico, na coisa provada. Isto verifica-se também no caso de afirmação pessoal; começa-se pela percepção material e directa da palavra da testemunha, para passar em seguida a crer nas coisas afirmadas. Será o testemunho também fonte de certeza física? Concluamos: com a classificação, em sentido subjectivo, da certeza em metafísica, física e histórica, a prova material indirecta fica fora do campo, não podendo subordinar-se a qualquer das três classes.

Voltemos agora a considerar a classificação objectiva da certeza na fórmula, ontologicamente exacta, precedentemente exposta, da certeza metafísica, física e eventual: classificação que se funda na tríplice natureza possível da verdade, necessária, constante ou eventual. Já consideramos aquela classificação na sua natureza, e demonstramos ser inaceitável para a certeza; considere-mo-la agora nas suas consequências.

A primeira consequência errônea a que levou a errônea classificação objectiva da certeza, foi esta: considerando que a verdade necessária é superior a qualquer outra verdade, sendo aquela cujo contrário é impossível; considerando que a verdade constante é superior à verdade eventual, enquanto a primeira não admite o contrário, a não ser no caso de uma lei natural diversa e não conhecida, e a segunda admite normalmente a possibilidade do contrário; considerando estas coisas, chegou-se assim à conclusão de uma relação maior ou menor entre as várias espécies de certeza.

Disse-se: se a certeza metafísica consiste na verdade necessária presente ao espírito, esta certeza deve ser *maior* que qualquer outra; e se a certeza física consiste na verdade constante presente ao espírito, esta certeza será *menor* que a certeza metafísica, e *maior* que a certeza eventual. Ora, tal consequência é errônea, como errônea é a premissa. A certeza é um estado de alma simples e indivisível, e no entanto sempre igual e idêntico a si próprio. A certeza consiste na crença da conformidade entre a própria noção ideológica e a verdade ontológica: e portanto ou se crê nesta conformidade entre a própria noção ideológica e a verdade ontológica, e se tem igualmente a certeza, ainda mesmo que se trate de verdade necessária, constante ou eventual; ou não se crê, e não se tem certeza de modo algum. Fazer comparações sobre a quantidade das várias certezas não é razoável; a certeza, estado simples e indivisível da alma, é sempre igual, qualquer que seja a verdade objectiva a que se refira. Quem percebeu bem pessoal e directamente o facto eventual da facada vibrada por Tício sobre Gaio, quem percebeu pessoal e directamente o facto eventual de uma rocha que destacando-se da montanha se precipita no vale, está tão certo desta verdade eventual, quanto o está de que a parte é inferior ao todo, verdade necessária e por isso de ordem suprema entre as verdades.

A natureza diversa das verdades em que se crê, não induz a diferenças de quantidade na certeza, como estudo determinado da alma; um tal estado de alma não tem mais nem menos; é sempre idêntico e igual a si próprio. É necessário porém observar que, em um momento psicológico e ideológico diverso da certeza concreta, pode, considerando *em abstracto* as várias espécies dela, afirmar-se, relativamente, uma maior ou menor possibilidade de erro: o que não é o mesmo. Eu me explico: quando consideramos separadamente três pareceres, podemos encontrar, sob o ponto de vista da espécie a que êsses pareceres pertencem, que o primeiro é mais capaz de erros que o segundo, e o segundo que o terceiro. Mas atendei bem; eu disse: considerando-os *em abstracto*; e ó aqui que está o núcleo do problema, pois que, em concreto, quando chegamos à certeza de

uma determinada proposição, quer dizer que *regeitamos tôdas as relativas possibilidades de êrro*, sem o que não teremos certeza.

Trata-se de momentos ideológicos e psicológicos diversos.

Quando o espírito humano em um momento psicológico e ideológico que não o da certeza concreta, considera *em abstracto* diversas espécies de certeza, se acha que uma espécie oferece menores garantias que outra para corresponder à verdade objectiva, afirma logicamente que a primeira apresenta maiores possibilidades da êrro que a segunda.

Quando, pois, o espírito humano chega a ter a certeza de uma verdade determinada, quer dizer, repetamos, que pôs de parte tôda a possibilidade de êrro; e no emtanto a certeza é sempre igual para o espírito humano, tanto quando se refere a uma verdade necessária, como quando a uma verdade constante ou eventual.

A rapidez dos movimentos intellectuais chega muitas vezes a não deixar distinguir a sucessão e a diferença dos momentos intellectuais, simulando a sua simultaneidade e por vezes a sua identidade; mas isto não deve enganar o olhar do filósofo. O que há de sucessivo e de diverso no espírito, é revelado pela lógica, quando dissimulado pelo tempo.

Concluindo, não é racional andar à procura de qual de entre as várias certezas é a maior, porque a certeza não tem graus nem quantidade; tem-se a certeza ou não se tem. Só é lógico procurar qual das certezas seja mais ou menos sujeita a êrros. B isto é lógico sob o ponto de vista da certeza específica, considerada em abstracto, pois que a certeza particular, considerada em concreto na consciência de um dado homem, julga sempre ter garantias suficientes contra o êrro, sem o que não existiria certeza.

Esta investigação da maior ou menor possibilidade de êrro nas várias espécies de certeza nasce espontânea e natural da consideração de que a certeza nem sempre corresponde à verdade.

Não podemos por isso deixar de examinar êste problema relativamente à nossa classificação particular da certeza.

Mas qual será o método segundo o qual possamos proceder à solução de um tal problema? Devemos também deixar-nos guiar pelo critério objectivo da necessidade ou da contingência das verdades?

Em primeiro lugar, em matéria criminal, tratando-se do verificar *factos* humanos, e portanto verdades sempre contingentes, o critério da necessidade e da contingência das verdades não bastaria para nos elucidar sobre a diversa capacidade dos êrros, relativamente a verdades igualmente contingentes, das várias espécies e subespécies da certeza. Em segundo lugar, a maior ou menor capacidade de êrros não deriva própria e directamente da natureza especial da verdade, mas *do modo como o espírito dela se apodera*. Compreendo que a verdade, tendo uma natureza diversa, entra diversamente na posse do espírito; o que explica porque é que mesmo partindo em tal questão de critérios objectivos, se possa chegar- a consequências verdadeiras, sempre na esfera da eficácia destes critérios: mas fica sempre de pé que o êrro, consistindo não na realidade objectiva, mas na percepção do espírito, não, em outros termos, na coisa, mas na sua percepção, a possibilidade do êrro seja própria e *imediatamente* estudada, não na verdade, mas no modo como o espírito se apossa dela.

Se se quer ser exacto, é pois com critérios subjectivos, tomando para guia o diverso modo como o espírito se apossa da verdade, que se deve estudar o problema da maior ou menor possibilidade de êrro nas várias espécies de certeza. Procedamos, com tal método, àquele exame, relativamente à nossa classificação.

Nós admitimos como espécies primitivas da certeza, a puramente lógica e a física, e dissemos que a certeza puramente lógica é a crença da posse da verdade revelada em nós pela simples inteligência, e a certeza física é a crença da posse da verdade revelada em nós pelos sentidos, a que se junta acessoriamente a inteligência. Ora considerando que a certeza puramente lógica se chega pelo simples trabalho dos sentidos e da inteligência, vê-se que o êrro é menos fácil na primeira, em que

pode insinuar-se por uma única via, e é mais fácil na segunda em que há duas vias para se introduzir. Esta diferença de possibilidade de êrro é máxima quando se considera a certeza física em relação à primeira subespécie da certeza puramente lógica, isto é, à certeza puramente lógica *intuitiva*, ou evidência ideológica, diga-se assim, do que o êrro pode considerar-se directamente excluído. Vice-versa, esta diferença é mínima quando se considera a certeza física em relação à segunda subespécie de certeza puramente lógica, isto é, a certeza puramente lógica *reflexa*, era que o êrro não é difícil. Tôdas as sciências puramente racionais desenvolvem-se por uma cadeia de ideias evolutivamente deduzidas umas das outras; e a história dos êrros, em que tais sciências teem caído, resolve-se na história dos êrros em que caíu a certeza *reflexa* puramente lógica.

Mas deixemos de parte a certeza puramente lógica, que, como dissemos, se não pode nunca ter relativamente ao facto criminoso que se quer verificar em matéria criminal; e passemos a considerar a certeza física e as várias subespécies da certeza mixta, emquanto à sua capacidade relativa de êrro.

Em tôdas estas certezas, existe o concurso da inteligência e dos sentidos; mas importa considerar que o trabalho dos sentidos ó idêntico em tôdas. Na certeza física, como nas três subespécies mixtas, na lógica, na histórica e na histórico-lógica, a percepção sensória *é sempre a mesma*; e só *tem uma importância diversa*, segundo o diverso concurso da inteligência, concurso diverso pelo qual é determinada a espécie particular de certeza que se tem. O trabalho dos sentidos não pode por isso oferecer-nos critério algum diferencial da facilidade do êrro; êste critério diferenciador assenta todo no trabalho, mais ou menos complicado, pelo qual a inteligência chega à posse consciente da verdade. Examinemos a certeza física e as subespécies da certeza mixta à luz dêste critério.

Partindo dêste critério, encontra-se, em primeiro lugar, que a certeza física, espécie simples, é, menos que qualquer outra, susceptível de êrro; e ó menos susceptível de êrro, porque na afirmação directa de uma coisa, proveniente da certeza física, o

trabalho do espírito é simplicíssimo: resolve-se na percepção pura e simples dos sentidos. O erro não é por isso fácil na certeza física.

Vem em seguida a certeza físico-histórica, subespécie da certeza mixta, em que a possibilidade de erro é maior que na certeza física. Na certeza físico-histórica, que deriva da afirmação directa de uma pessoa, não se trata já de uma percepção intelectual simples e directa, como na certeza física; o trabalho do espírito é mais complicado. É necessário o raciocínio para estabelecer a veracidade do afirmante, veracidade fundada na negação do engano e da vontade de enganar do afirmante; é depois de se estar convencido disto pelo trabalho do raciocínio que se conclui natural e simplesmente a verdade do facto afirmado. Quem há que não veja a maior possibilidade de erros, em que se pode cair da parte do julgador?

Depois da certeza físico-histórica, apresenta-se a certeza físico-lógica, como mais susceptível de erro. Esta certeza deriva da afirmação indirecta de uma coisa, da prova material indirecta; e o trabalho do raciocínio é mais árduo e mais complicado, que na certeza precedente. Não se trata aqui simplesmente de nos convenceremos de que orna testemunha se não engana e não mente; trata-se, ao contrário, de alguma coisa mais difícil: trata-se de procurar as razões por que uma coisa diferente do delito indica o delito. E, uma vez que no campo das contingências, todo o facto pode derivar de mais de uma coisa, e pode produzir mais de um efeito, a relação do facto que indica com o facto indicado já não é absolutamente unívoca; e o raciocínio tem precisamente a difícil tarefa de guiar neste incerto e indefinido labirinto das contingências possíveis, que se ligam, como causa a efeito, com um dado facto. Árdua tarefa, na verdade; caminho dedáleo, e insidioso, em que o espírito pode facilmente afastar-se do caminho direito.

O cúmulo, finalmente, da possibilidade de erro encontra-se, como é natural, na subespécie mais complicada de certeza mixta, na subespécie que nós chamamos físico-histórico-lógica. Esta subespécie de certeza, como vimos, deriva da afirmação pessoal indi-



recta de uma coisa através das formas da afirmação pessoal, isto é, da prova real indirecta, como conteúdo da prova pessoal: é natural, por isso, que tôdas as possibilidades de êrro da certeza histórica, e tôdas as da certeza lógica, se encontrem acumuladas nesta terceira subespécie de certeza, que resulta do concurso das duas subespécies precedentes.

Até aqui, em seguida a ter mostrado que a divisão objectiva da certeza levou à afirmação da existência de certezas maiores e menores, temos vindo combatendo essas afirmações irracionais, e demonstrando como a certeza, estado simples e indivisível da alma, é sempre idêntica e igual a si mesma, pelo que só pode falar-se logicamente da sua maior ou menor capacidade de êrros enquanto se considera em abstracto; e viemos por isso considerando esta diversa possibilidade de êrros, tal qual resulta da consideração abstracta das diversas espécies de certeza.

Mas além disso não é inútil observar, que a divisão objectiva da certeza, e a consequente relação de mais ou de menos entre as suas várias espécies, levaram também a outras consequências erróneas.

Em primeiro lugar, admitindo certezas maiores e certezas menores, admitindo uma relação de mais ou de menos entre as várias espécies de certeza, chegou-se á conclusão de que, sendo elas mensuráveis entre si, fôsem mensuráveis em si mesmas, e passou-se assim à afirmação da existência, no campo probatório, de provas plenas, de provas semi-plenas, e de fracções de prova, indefinidamente descendentes, da certeza: êrro êste, de que nos ocuparemos em particular noutra parte desta obra.

Em segundo lugar, considerando a certeza sob o ponto de vista objectivo, considerando-a sob o ponto de vista da sua correspondência com a verdade, concluiu-se que verdadeira certeza é a que corresponde absolutamente, sem possibilidade de êrro, à verdade objectiva; e como esta certeza absoluta- não é de esperar em matéria criminal, chegou-se por isso também à conclusão de que a certeza criminal só é probabilidade, pois que existe sempre possibilidade de êrro: outra teoria falsa de que também teremos ocasião de nos ocupar particularmente, em seguida.

Aqui concluiremos observando que com estas noções inexactas se faz um jôgo contínuo de palavras na crítica criminal, insinuando nos ânimos aquele pirronismo científico que gera, por sua vez, o pirronismo prático, fundamento fácil das decisões arbitrárias e injustas; pois que certas máximas, como a que confunde a certeza com a probabilidade, são feitas propositadamente para servir de cómodo apoio á indolência, instigando a descansar sôbre elas com a hipocrisia de uma boa consciência.

## CAPITULO II

### Certeza emquanto ao sujeito, e convencimento judicial

As nossas investigações, até aqui, teem-se encaminhado a determinar e analisar a natureza e as espécies da certeza. Voltemos agora as nossas investigações para a determinação do sujeito da certeza.

Esta segunda investigação é muito mais fácil que a pri-meira: quando se tenha já determinado a natureza da certeza, a determinação do sujeito não é mais do que uma simples dedução lógica.

Ao darmos a noção de certeza vimos que ela consiste em um estado da alma; e só com isto temos determinado o sujeito. Se a certeza tem uma natureza subjectiva, o sujeito natural da certeza não é, nem pode ser, senão o espírito do julgador. Por virtude de uma simples dedução, poder-se-ia obter sem necessidade de qualquer outra investigação, sob o ponto de vista racional.

Mas o movimento histórico gradualmente ascendente da humanidade conduziu, em matéria probatória, à preponderância da substância das provas, com critérios fixados pela lei, determinando em que condições probatórias se deve estar certo, e em quais não: obtiveram-se assim as *provas legais*. E falei das pro-

vas legais como de um progresso histórico, porque elas substituíram as ordalias e os duelos judiciais, sistema probatório barbaramente taumatúrgico, atingido pelos anáteu do quarto concílio de Latrão. Assim, se bem que o sistema do livre convencimento seja historicamente mais antigo, no entanto as provas legais, para o tempo em que floresceram, foram realmente um progresso; e este progresso foi tanto mais benéfico quanto é certo que elas foram substituídas ao processo inquisitorial, tornando-se assim um correctivo ao arbítrio judicial, temível em tal forma de processo.

O aparecimento histórico das provas legais levou os críticos a falar de certeza legal, como se existisse na lei um segundo sujeito possível da certeza. E eis porque não podemos agora dispensar-nos de falar da certeza relativamente a um duplo sujeito.

Se a certeza em matéria criminal se confia à consciência autonómica do juiz, em que ela deve produzir-se como na de qualquer outro homem racional, e com os mesmos critérios livres, apenas subordinados às leis eternas da razão, tem-se a certeza natural, a certeza do homem, que podemos designar com o nome de certeza moral; especificação respeitante, para nós, sem equívoco ao sujeito da certeza, tendo nós, na classificação deduzida da sua natureza, abolido semelhante nomenclatura.

Se a certeza, pois, se faz apenas consistir em certas condições predeterminadas pela lei, e impostas ao espírito do juiz, tem-se a certeza *legal*, uma certeza que se busca não no espírito do juiz, mas nos critérios legislativos.

Esta certeza legal, legislativamente, pode ter uma compreensão maior ou menor. Pode em primeiro lugar, não admitir de modo algum os critérios livres do juiz, que, desta forma, julgando, se verifica as condições probatórias para a imputabilidade determinada pela lei, deve condenar, e, se as não encontra, deve absolver; ou esta que é *completamente legal*.

A lei pode, em segundo lugar, deixar ao juiz uma determinada aplicação do seu livre critério, e tem-se a certeza *parcialmente legal*.

O limite, pois, sob um ponto de vista mais geral, pode ser de duas espécies diversas, dando assim lugar a duas subespécies de certeza parcialmente legal. Pode o limite referir-se unicamente à condenação, dizendo a lei ao juiz: tu tens sempre plena faculdade de duvidar da culpabilidade e de acreditar mais ou menos na inocência, e podes por isso sempre absolver; mas a tua certeza da culpabilidade não é ligítima, e não podes por isso condenar, senão nestas determinadas condições. Ter-se-ia uma certeza *legal condenatória*, juntamente com a certeza moral absolutória. A limitação pode referir-se unicamente a absolvição, declarando a lei ao juiz: não ponho limites à tua convicção relativamente à condenação; mas não poderás legitimamente, duvidando da culpabilidade, crêrj mais ou menos na inocência, e por isso absolver, senão nestas determinadas condições. Ter-se-ia neste outro caso uma certeza *legal absolutória* e uma certeza moral condenatória. Esta segunda subespécie de certeza parcialmente legal, que chamei *certeza legal absolutória*, opondo-se a que se faça valer a *certeza* natural do juiz, eventualmente gerada no seu espírito relativamente à inocência, opõe-se com maior força a fazer valer as *convicções menores* do juiz, que no entanto poderiam logicamente ser suficientes para absolver, pois que, como sabemos, para legitimar a absolvição não ocorre a *certeza* da inocência, bastando que esta se julgue possível, bastando a incerteza da culpabilidade. Portanto, para sermos mais completos e exactos, poder-se há nesta hipótese falar antes de *crença* legal absolutória: compreender-se há assim não só o caso em que o juiz tenha na sua consciência a certeza da inocência, e não possa absolver, porque a lei não partilha da sua certeza, como também o caso em que o juiz, comquanto não esteja certo da inocência, também não tenha certeza da culpabilidade, e comquanto isto bastasse para absolver, êle não o pudesse, porque a lei não partilha com êle esta crença maior ou menor da inocência possível, crença que é sempre incluída ha incerteza da culpabilidade. Esta segunda subespécie da certeza parcialmente legal seria pois contra o acusado, e teria uma tendência odiosa e cruel; como a primeira, em favor do acusado, teria uma tendência benigna e simpática.

Tudo isto, relativamente ao fenómeno histórico da certeza legal, e à possibilidade da sua aplicação legislativa, mais ou menos extensa.

Coloquemo-nos agora sob o nosso ponto de vista, que é o ponto de vista racional, a examinar este assunto. É lógico falar de certeza legal? É possível predeterminar, sem erro, as condições particulares e concretas, de que deve provir uma certeza particular e concreta?

I Em vista do que temos vindo dizendo a respeito da natureza da certeza, vê-se que se a certeza pode reduzir-se à categoria das suas espécies, não é susceptível de ser determinada nas suas *individualidades* particulares e concretas.

A certeza, dissemos, é um estado subjectivo; e acrescentamos que este estado subjectivo não pode ser considerado como independente da realidade objectiva: é um estado psicológico produzido pela acção das realidades percebidas, e da consciência daquelas percepções. Ora, como no julgamento criminal se trata sempre de realidades contingentes, e estas podem variar indefinidamente de natureza e de relação, a certeza por isso que a elas se refere concretamente, não pode ser predeterminada por critérios fixos. O delicto, por um lado, tem, por si mesmo, formas indefinidamente múltiplas de aparição; por outro, tem relações indefinidamente múltiplas com as cousas e com as pessoas, que depois são empregadas para a verificação do mesmo, tornando-se provas dêle. Assim como varia a relação entre o delicto particular e a coisa ou pessoa que se faz servir de prova, assim também varia o valor probatório, que encontra naquela relação a sua eficácia. Como predeterminar as várias relações, e portanto a várias eficácia das provas ?

Do delicto podem previamente determinar-se as espécies, e na classificação e graduação das espécies delituosas encontra fundamento e justificação o Código penal, mas nunca se podem de antemão determinar todas as formas de aparição particulares e concretas. E a certeza judicial que deve servir de fundamento à condenação, não se pode referir ao delicto *espécie*, refere-se ao delicto *indivíduo*, e é por isso indeterminável como o seu

objecto. O *objecto*, pois, das provas leva a concluir contra a certeza legal.

Por outro lado, as realidades contingentes que funcionam como prova, são também só determináveis enquanto às espécies, e é no estudo e na determinação destas espécies que consiste precisamente a crítica criminal. Mas se as realidades contingentes que funcionam como prova se consideram quanto à sua *individualidade*, elas já não são determináveis, pois que a sua individualidade, como a individualidade de qualquer realidade contingente, é indefinidamente variável na sua concretização. Ora, surgindo a certeza não da prova *específica*, mas da prova *individual*, é portanto indeterminável como a prova de que provém. O *sujeito* das provas também leva por isso a concluir contra a certeza legal.

Em suma, a prova tem um objecto e um sujeito. O objecto da prova concreta em matéria criminal é a *individualidade criminosa* que se quer provar; o sujeito da prova são *a coisa e a pessoa que fazem a prova*. Sendo o delito concreto, ou individualidade criminosa, se assim se lhe quer chamar, variabilíssimo, resulta que a prova tem um *objecto variabilíssimo* em matéria criminal. A coisa e a pessoa que constituem a prova são por sua vez também realidades contingentes e variáveis até ao infinito na sua individualidade; resulta daqui que o *sujeito* da prova em matéria criminal também é, em concreto, variabilíssimo. A certeza, no entanto, só é criada no espírito pela percepção da relação intercedente entre o sujeito, que faz a prova, e o objecto provado; e como estes dois termos são individualmente variabilíssimos, variabilíssima individualmente é também a sua relação, e por isso variabilíssima a certeza que é a visão delas. E digo variabilíssima a certeza sempre debaixo do ponto de vista das suas origens; porque, enquanto a si mesma, sabemos que, consistindo a certeza em um estado simples da alma, é sempre idêntica a si mesma.

Parece-me assim claramente demonstrada a irracionalidade de toda a prévia determinação do valor das provas individuais e concretas, e assim a irracionalidade de toda a certeza legal; com

a diferença de que a certeza *Malmente legal* é totalmente irracional, e as certezas *parcialmente legais* são parcialmente irracionais: relativamente a elas a racionalidade termina onde começa o limite legal.

A certeza legal é um erro lógico que se resolve em um erro jurídico, pela condenação que obriga a infligir a quem se tem por inocente, e pela impunidade que obriga a conceder a quem se tem por culpado. E este erro jurídico, por sua vez, converte-se em um erro político, devido à perturbação que origina na consciência social, constituída espectadora da condenação fatal do inocente e da absolvição fatal do delinquente. Basta que se repercuta na consciência social o eco de uma única condenação, reconhecida injusta e não obstante infligida ao inocente; basta que se repercuta na consciência social o eco de uma única absolvição, reconhecida injusta e não obstante concedida ao delinquente, para que toda a fé na justiça humana se desvaneça e não fique mais nos corações, ao nome da justiça, senão um sentimento de receio e de desânimo.

Falando das provas em geral, voltaremos ainda a falar das provas legais. Mas sob o aspecto de noção da certeza podemos pôr ponto.

Posta de parte a certeza legal, resta-nos somente dizer alguma coisa em particular a respeito da certeza moral, enquanto se integra propriamente no que nós chamamos *convencimento judicial*.

Dissemos que a certeza é a crença na conformidade entre a noção ideológica e a realidade ontológica. Agora, é necessário observar que em matéria criminal as relações de conformidade entre uma noção ideal proveniente de provas que, em rigor, são sempre, sejam como forem, imperfeitas, e o facto criminoso que se quer verificar; estas relações, dizia, já não são absolutas; não se referem a verdades da razão evidentes, mas a verdades de facto sempre contingentes. E no entanto, como vemos, a certeza em matéria criminal é susceptível de erro, admitindo, assim, a possibilidade do contrário. Quem diz: estou certo, não faz mais do que afirmar as grandes, mas não absolutas, relações de con-

formidade entre o pensamento próprio e a verdade objectiva; não faz senão afirmar preliminarmente a suficiência dos motivos em favor da verdade. Mas esta afirmação preliminar, em que consiste a certeza, nem sempre arrasta consigo o assentimento seguro e definitivo da vontade; e sucede por vezes estarmos intelectualmente certos, sem que estejamos moral e seguramente convencidos da verdade. Quando isto sucede, para termos êste convencimento seguro, são novamente avaliados e pesados os motivos que determinaram a certeza, para que ela não se desvaneça, mas se confirme. Neste assentimento seguro e definitivo da vontade que, esclarecida pela razão, regeita definitivamente as possibilidades contrárias, faço consistir o *convencimento racional*, que, como é necessário para julgar, chamo também *convencimento judicial*. A certeza diz: vejo relações de conformidade entre o meu pensamento e a verdade. O convencimento acrescenta: nesta visão intelectual não há erros, estou certo de que o pensamento é conforme com a verdade. A certeza é a afirmação preliminar da verdade, significando que a noção ideológica se apresenta como verdadeira; o convencimento é a afirmação necessária da posse da certeza, significando que a certeza é legítima, e que o espírito não admite dúvidas sobre aquela verdade. O convencimento racional, em suma, não é senão um juízo sucessivo, determinador e aperfeiçoador do primeiro, que constitui a certeza: a certeza é a crença da verdade; o convencimento, por sua vez, é a opinião da certeza, como legítima. Por um lado, portanto, a certeza moral encontra a sua perfeição no convencimento racional, por isso que êste se resolve na consciência da certeza consentida e segura; por outro lado, êste convencimento é propriamente, em especial, o acto volitivo e definitivo de assentimento à verdade, como integração da certeza: é o assentimento da vontade, o assentar do espírito sobre a certeza <sup>1</sup>.

<sup>1</sup> A distinção que GALLUPPI faz entre sentimento e juízo da certeza, é análoga à minha distinção entre convencimento racional e certeza. Eis as suas palavras: « É necessário distinguir o sentimento da certeza do juízo sobre a cer-



Em linguagem comum, quem diz, simplesmente: convicção, entende dizer menos que certeza; **por** isso, para evitar equívocos, falei de convencimento racional. *Convicto*, neste sentido, além de *certo*, exprime o máximo ponto da persuasão: é a persuasão por uma segura visão intelectual, e não pelo impulso cego do espírito.

Para determinar melhor a noção do convencimento judicial, mencionemos rapidamente alguns dos seus principais requisitos; os que tem maior importância relativamente às provas judiciais criminais.

Em primeiro lugar, em vista do que temos dito, resolvendo-se o convencimento judicial na certeza aceita e segura, e portanto em um acto simples e indivisível do espírito, resulta daí que *êle não é susceptível de graduação*, nem mais nem menos que a própria certeza. Não há mais ou menos convencimento, como não há mais ou menos certeza: está-se convencido, ou não se está convencido.

Em segundo lugar, este acto volitivo em que, especificamente, assenta o convencimento que torna perfeita a certeza, para que conserve a sua natureza genuína e racional, não deve ser determinado por razões estranhas à verdade, àquela verdade que é a suprema metade do espírito; à verdade de que a certeza não é mais que a crença da sua posse, e a que o convencimento não é senão uma homenagem. O convencimento deve, por isso, ser em segundo lugar, *natural* no juiz, isto é, tal qual surge da

teza. O primeiro é a consciência de um juízo sem o receio de engano. O segundo é um juízo verdadeiro ou falso, com o qual se pensa, que o número dos motivos a favor de certo juízo é suficiente. Resulta daqui que um homem pode julgar que uma dada proposição é certa, tendo ao mesmo tempo um sentimento de incerteza, relativamente a ela». GALLUPPI, *Elementi di filosofia*, vol. iv, cap. v.

Disse que esta distinção entre sentimento e juízo é análoga, e não idêntica, à minha, porquanto este sentimento de que fala GALLUPPI é um sentimento não raciocinado, mas instintivo, em quanto que o convencimento racional, de que eu falo, é o convencimento esclarecido pela vontade, proveniente do exame atento dos motivos sobre que se funda a certeza.

acção genuína das provas, e não *artificial*, isto é, produzido por razões estranhas à sua natureza intrínseca e própria.

Estas razões estranhas que perturbam a *naturalidade* do convencimento, podem por isso encontrar-se no exame indirecto das provas, como quando o juiz pelo debate tenha formado a sua convicção pessoal, não examinando e pesando as provas directas por sua conta, mas segundo as apreciações feitas sobre elas pelo juiz instrutor que as relata.

Podem, além disso, estas razões estranhas consistir no influxo legal, que faz atribuir à substância das provas uma eficácia probatória predeterminada; pelo que o juiz deduz o valor, não da prova directamente examinada, da própria prova individualmente considerada, mas do preceito legislativo que quer se lhe atribua aquele determinado valor.

Destas duas espécies de influência externa que perturbam a naturalidade do convencimento judicial, e que se concretizam em geral no exame não directo, ou na simples apreciação não directa das provas, teremos ocasião de falar a propósito das importantes regras que derivam da naturalidade do convencimento relativamente às provas.

Finalmente, estas razões estranhas à verdade, perturbadoras da naturalidade do convencimento, podem surgir ainda da própria alma do magistrado, consistindo em uma disposição particular do seu espírito, que influa na determinação do convencimento. Esta espécie de influência, esta influência interna não é menos perigosa que as externas para o triunfo da verdade. Parecerá, pois, claro, que as disposições do nosso espírito podem influir sobre a convicção, conduzindo até ao erro a inteligência, quando se atenda a que é a vontade que determina a atenção do pensamento mais a uma consideração que a outra; é a vontade que, excluindo sem exame um argumento, pode firmar o pensamento sobre um argumento contrário; quando se atenda finalmente a que a vontade está exposta aos ventos das suas paixões. A força do nosso temperamento, a força dos nossos hábitos, das nossas inclinações e das nossas prevenções, pode facilmente arrastar-nos a juízos falsos. É preciso por isso que a nossa vontade não per-

turbe com a sua influência a liberdade e a serenidade das visões intelectuais; e esta liberdade e serenidade da inteligência não serão salvas, se o ânimo que se dispõe a julgar, não se prepara para isso com a expurgação de que falara Platão no *Phedon*, e que o grande filósofo julgava necessária para chegar à verdade: é necessário expurgar o espírito das paixões.

Mas, além de *natural*, o convencimento judicial deve ser também *raciocinado*. O convencimento de que falamos, já o dissemos, não é o que surge de impulsos cegos e instintivos do ânimo, como é o *sentimento da certeza*, de que fala Galluppi; nem mesmo o que surge de uma percepção indistinta e involuntária das razões, o que autorizaria a caracterizá-lo simplesmente racional; mas sim o que é determinado pela visão distinta e pela apreciação das razões: isto é, não deve ser cego, nem simplesmente racional, mas *raciocinado*.

Mas dizer que a convicção deve ser *raciocinada*, não determina qual a natureza que devem ter as razões que legitimam o convencimento; e muitas vezes as preocupações e prevenções subjectivas da pessoa dão um tal pêso a motivos fúteis, que os fazem considerar como razões suficientes. Ora, é importante para a noção do convencimento judicial, acrescentar que as razões que o determinaram devem ser de natureza tal que criem a convicção em qualquer outra pessoa racional a quem sejam expostas. O convencimento não deve ser, por outros termos, fundado em apreciações subjectivas do juiz; deve ser tal, que os factos e as provas submetidas ao seu juízo, se fôsem submetidas à apreciação desinteressada de qualquer outra pessoa racional, deveriam produzir, também nesta, a mesma convicção que produziram no juiz. Êste requisito, que eu creio importantíssimo, é o que eu chamo *sociabilidade* do convencimento.

Quando se fala do convencimento, como caminho da certeza ocorrida em um juízo penal, fala-se dele relativamente ao facto da criminalidade: é a criminalidade que não pode afirmar-se quando não seja propriamente e bem verificada. Ora é necessário não esquecer que é em nome da consciência social que se exerce a justiça punitiva; é nesta consciência social que está a legiti-

mação do direito de punir: pune-se para destruir a perturbação social que o delito produz. Por tudo isto, compreende-se que a certeza moral do juiz, a certeza da criminalidade, para ser fundamento legítimo de condenação, deve encontrar apoio na consciência social. A contradição entre a consciência social e a do juiz, deve levar sempre à absolvição, e nunca pode levar à condenação. Se o juiz, embora quando se sinta pessoalmente convencido da criminalidade do imputado, acha que as suas razões não são tais que possam criar uma igual convicção em qualquer outro cidadão racional e desinteressado, deve absolver. Assim como, quando o juiz, devido à natureza dos motivos conducentes à afirmação da criminalidade, crê que por êles a condenação do arguido seria legitimada mesmo em face da consciência social, embora o juiz creia nisso, deve não obstante absolver o arguido, se êste, perante a sua consciência de juiz, não se apresenta, sempre racionalmente, com certeza culpado.

Devendo, contudo, o convencimento ser sempre raciocinado, devendo, contudo, aspirar-se sempre à sua sociabilidade, esta sociabilidade do convencimento é apesar disso uma limitação absoluta para a condenação, e não para a absolvição. O juiz só pode, julgando legítimo o seu convencimento, condenar legitimamente, quando julgue que os factos e as provas submetidas à sua apreciação, quando, submetidas à apreciação desinteressada de qualquer outro cidadão racional, produziram também neste a mesma certeza, que produziram no seu espírito.

Devendo aspirar-se sempre à sociabilidade do convencimento indiciari, e devendo êle quanto à criminalidade ser sempre indispensavelmente social, segue-se que o juiz nunca deverá fundamentar as suas persuasões naquilo que conhece como homem particular. Emquanto à sua consciência, nada há mais certo que aquilo que êle percebeu directamente; mas não é o mesmo relativamente à consciência social. Se o juiz tem particularmente conhecimento do facto criminoso, ou de factos comprovativos da inocência, declina o ofício de juiz e apresenta-se como têtemunha: o seu têtemunho será avaliado e pesado não só pelo magistrado que julgar, mas pela sociedade.

Êste princípio da sociabilidade do convencimento judicial, ainda não exposto anteriormente, que eu saiba, por pessoa alguma, é da maior importância. Esta sociabilidade encontra a sua origem unificadora na razão humana, em que se inclui a harmonia espiritual dos homens. Nesta sociabilidade, que é uma espécie de objectivação da certeza, está a melhor determinação do convencimento judicial, determinação que impede que ele se resolva, mais ou menos hipòcritamente, em um arbítrio do juiz. I

Mas, para que êste princípio da sociabilidade da convicção não seja uma estéril aspiração do pensador, é preciso que tenha uma concretização exterior e judicial. E esta concretização entra no número daquelas condições que tornam possível a apreciação da sociedade sobre aquela mesma matéria, que é objecto do juízo do magistrado. Nisto está a garantia concreta e prática da sociabilidade: na fiscalização que a própria sociedade pode exercer sobre a apreciação do magistrado, reprovando-a como disforme, ou aprovando-a como conforme à sua própria. A sociedade pode, pois, exercer a sua fiscalização por duas formas: ou com um juízo sucessivo, ou com um juízo contemporâneo à declaração do magistrado.

Os *fundamentos* da sentença são o meio prático, que torna possível a verificação da sociedade por meio de uma apreciação sucessiva à do magistrado. A obrigação de fundamentar a decisão obriga, por um lado, o juiz a declarar as razões do seu próprio convencimento, e torna, por outro, possível à sociedade fiscalizar essa convicção <sup>1</sup>.

obrigação de fundamentar a decisão, princípio inconcusso para as sentenças do juiz permanente, não pode aplicar-se às do júri. O facto de ser o júri composto de concidadãos do acusado, chamados, relativamente, em grande número para o julgarem em audiência pública, e o amplo direito de recusa concedido, contra eles, aos arguidos, fazem crer que a *sociabilidade* do convencimento seja suficiente garantia, para não ser necessário dar os fundamentos do veridicto. Se isto é justo, e ato que ponto; se a instituição do júri, como existe hoje, é um bem ou um mal, não é este o lugar para o dizer: é matéria, não de lógica, mas de arte criminal.

O meio prático, pois, que torna possível a fiscalização da sociedade com um juízo directo, contemporâneo ao do magistrado, é a *publicidade* dos debates.

Concluindo, os dois cânones judiciais da *publicidade* dos debates e dos fundamentos da sentença, de que teremos ocasião de falar mais largamente noutro lugar, não são mais que duas conseqüências do princípio da *sociabilidade* do convencimento, princípio que nós julgamos da máxima importância, por isso que é aquele, pelo qual a justiça primitiva se resolve em uma função verdadeiramente social, e não no arbítrio, mais ou menos hipòcritamente disfarçado, do homem sôbre o homem.

### CAPÍTULO III A

#### probabilidade em relação com a certeza

Tem sido dito por alguns tratadistas, e é repetido por quási todos, que a certeza em matéria criminal é apenas probabilidade. Eis uma afirmação que é falsa sob o ponto de vista da lógica, e é perniciosa sob o ponto de vista do direito: é uma afirmação que funciona como um narcótico sôbre a consciência do magistrado, adormecendo-lhe aquele sentido de actividade, que é a garantia da justiça, por isso que faz sentir viva a necessidade das investigações para se chegar à verdade com certeza.

Que diriam os senhores tratadistas, se lessem numa sentença: Tício é condenado a tal pena, por ter *provavelmente* cometido tal crime? Os proclamadores da premissa insurgir-se-iam contra a conclusão lógica: a costumada fatalidade a que conduz uma premissa que não é verdadeira. Para radicar nos espíritos esta premissa falsa, contribuíram escritores de alto valor, alguns dos quais não hesitaram, até, em colocar no princípio do seu tratado de lógica judiciária o título equivoco de *Lógica das Probabilidades*, sem pensarem na funesta confusão, que por esta forma se vem a criar ou a acreditar.

Analiseemos, pois, as relações entre certeza e probabilidade, e procuremos determinar as suas diferenças.

A certeza é, de sua natureza, subjectiva; mas pode ser considerada sob o ponto de vista das suas relações objectivas. A certeza, sob o ponto de vista objectivo, confunde-se com a verdade: é a verdade enquanto seguramente percebida. Ora, a verdade, em si mesma, não é mais que a verdade; e por isso, como objectividade, única em si, da certeza, só se revela ao nosso espírito apresentando-se como uma conformidade *simples e sem contrastes* entre a noção ideológica: o que tem lugar, ao primeiro aspecto, como verdades intuitivas, quer sejam contingentes, quer necessárias, e portanto como certezas intuitivas. Considerando a objectividade da certeza, enquanto se revela assim ao espírito, não há quem não veja a sua diferença da probabilidade, tomada também objectivamente; e sob este aspecto, a distinção não necessita de defeza. A probabilidade, objectivamente, não tem por conteúdo a simples verdade, como a certeza; tem um objecto múltiplo: tem por objecto os motivos maiores que convergem à afirmação, juntamente com os motivos menores que divergem da afirmação. A certeza olhada objectivamente, na verdade, não pode ter motivos divergentes da sua crença; a probabilidade, deve tê-los; a certeza tem um objecto único, a probabilidade, objecto múltiplo.

Se a verdade, de que o espírito se apodera, fôsse sempre percebida directamente, imediatamente; não sendo a verdade, em si mesma, senão uma, nunca existiriam para a certeza motivos divergentes da sua crença, nem mesmo relativamente a verdades contingentes; e a simplicidade objectiva da verdade reproduzir-se-ia subjectivamente na certeza.

Mas, já o vimos, não é pelo caminho da intenção que se chega sempre à verdade e à certeza; também por outro absolutamente diverso. O espírito humano, limitado nas suas percepções, não chega, na maior parte das vezes, à verdade, senão por meios indirectos. A evidência ideológica e a física, e conseqüente mente a certeza intuitiva em geral, não tem senão um campo limitadíssimo nos nossos conhecimentos; e este campo é cada vez mais

limitado quando se trata daquela certeza intuitiva *física* de que *é* necessário ocupar-nos na crítica criminal. É por isso que chegando nós quási sempre por caminhos indirectos à percepção da verdade *contingente* da criminalidade, e sendo múltiplos os caminhos indirectos que podem conduzir à verdade, pois que múltiplos são também as relações da verdade; ainda quando os mesmos factos tenham relações com verdades contingentes opostas entre si e que podem conduzir a elas; segue-se que mesmo em matéria de certeza nos encontramos quási sempre em face não só de vários motivos convergentes á credibilidade, mas também de motivos divergentes da credibilidade.

Se se pretendesse que a certeza em matéria criminal nos fôsse afirmada sempre como uma percepção simples e imediata da verdade, conforme, em suma, à unidade objectiva do seu conteúdo, se se pretendesse a ausência absoluta de motivos que possam destruir a certeza do magistrado que deve servir de base à condenação, seria necessário renunciar a esta grande missão da justiça punitiva, tão difícil seria o caso que autorizasse a ferir o delinqüente. Na crítica criminal não é essa a espécie de certeza que se refere ao convencimento judicial; não se exige a ausência absoluta de motivos divergentes. Ocontentamo-nos mesmo com que existam motivos convergentes e motivos divergentes, contentamo-nos, em suma, com a objectividade do provável, uma vez que ela seja *espeeialisada* por *uma determinação subjectiva*, sem a qual não poderemos sair do provável. A determinação subjectiva, que nos faz sair da probabilidade, e nos abre as portas da certeza, consiste no *repúdio racional dos motivos divergentes de acreditar*.

A certeza que deve servir de base ao parecer do magistrado só pode ser a de que o juiz se acha de posse: a certeza como estado de alma seu. Nêste ponto de vista, a certeza não é senão a afirmação intelectual, por parte do magistrado, da conformidade entre a ideia e a realidade. Ora, esta afirmação pode ter lugar não obstante a percepção de motivos contrários à afirmação: o espírito vê êstes motivos contrários, e *não os achando dignos de serem tomados em conta*, regeita-os, e afirma.



E neste caso não se deixa de estar em face da certeza, porque se está sempre diante da afirmação da conformidade entre a noção ideológica e a realidade ontológica; e se não obstante existem, na nossa percepção, motivos divergentes da crença, que se não harmonizam com a unidade objectiva da verdade, mas antes com a multiplicidade objectiva do provável, não é necessário deduzir, por isso, que na nossa afirmação existe antes probabilidade, que certeza: foi esta dedução, creio eu, que conduziu em êrro os tratadistas; ou, pelo menos, é nesta dedução que está a única, explicação científica do seu engano ao afirmarem a identidade entre probabilidade e certeza.

Se os tratadistas tivessem reflectido e analisado um pouco melhor, teriam visto que a existência de motivos divergentes da crença, contrapostos ao mesmo tempo aos motivos de crêr, tanto em caso de probabilidade como de certeza, não era senão uma simples e débil analogia entre a probabilidade no seu aspecto objectivo e a certeza na sua limitação subjectiva, que dá uma aparência múltipla a um objecto único; analogia que não devia levar à conclusão da sua identidade.

E a luz teria vindo fácil e clara de considerar igualmente, na integridade subjectiva, tanto a certeza como a probabilidade. Para sermos exactos, repitamo-lo, é sempre no ânimo de quem julga, é sempre subjectivamente que devem ser consideradas a certeza e a probabilidade; porque uma e outra só teem natureza subjectiva.

E já não há, já o dissemos, quem pretenda, considerando assim a certeza, destacá-la com um corte nítido da verdade. Deus nos defenda! não nos queiramos lançar, de cabeça para baixo, em pleno pirronismo. Admitamos que a certeza provém do influxo objectivo da verdade; mas digamos que, comquanto derive da verdade, não é a verdade: não é mais que um estado da alma, que pode por vezes, devido à nossa imperfeição, não corresponder à verdade; e contudo é de natureza subjectiva, como a probabilidade. Em suma, não julgamos dever separar o que não existe separado, a certeza e a verdade, mas não julgamos tampouco dever confundi-las: distinguimo-las.

E o que dissemos quanto à certeza, repetimo-lo para a probabilidade. Também não entendemos considerar a probabilidade como separada das realidades percebidas que em nós a produzem. Deus nos livre disso! não nos queremos julgar embalados nos braços de um perpétuo delírio fantástico. Admitamos que a probabilidade *deriva de dados objectivos*, mas digamos que a probabilidade não consiste nesses dados: consiste antes naquele estado de alma que é produzido pela sua percepção; e tem, por isso, uma natureza subjectiva, como a certeza. Também aqui não queremos separar e não queremos confundir: distinguimos.

Pode, por isso, falando-se da certeza e da probabilidade, considerá-las sob o ponto de vista objectivo; mas somente no sentido de se estudar uma das suas *relações*; não no sentido de se estudar a sua *natureza*. O estudo da relação pode também trazer luz para o estudo da natureza; mas a relação de um ente nunca constituirá toda a natureza do ente. E quem troca a simples relação, conquanto importante, pela natureza de um ente, falseia fundamentalmente o seu conceito.

Em um tratado sobre a lógica da crença, só pode atender-se à certeza e à possibilidade, enquanto uma e outra se apresentam à consciência de quem se dispõe a crêr.

Posto isto, se os sobreditos escritores tivessem analisado melhor a natureza subjectiva da certeza e da probabilidade, teriam achado imediatamente a diferença entre elas.

Em que consiste subjectivamente a probabilidade? Consiste na percepção dos motivos convergentes e divergentes, *julgados todos dignos*, na proporção do seu diverso valor, de serem levados em conta.

Eis como já é fácil estabelecer a diferença entre a probabilidade de um lado, e a certeza com motivos divergentes do outro. A probabilidade atende aos motivos convergentes e divergentes, e *julga-os todos dignos de serem tomados em conta*, se bem que mais os primeiros, e menos os segundos. A certeza ao contrário acha que os motivos divergentes da afirmação *não merecem racionalmente consideração*, e por isso afirma. Esta afirmação apresenta-se ao espírito humano como correspondendo

à verdade; e a certeza que dela deriva, como qualquer outra certeza, não é mais que consciência da verdade. Como é que pode confundir-se êste estado de espírito com o precedente? É êste repúdio dos motivos divergentes é necessário, para se ter a certeza; isto é necessário para se poder pronunciar a condenação com justiça: a simples probabilidade não bastaria. Desde que se encontre um motivo para não acreditar, digno de ser tomado em conta, falta a certeza, e não pode condenar-se.

Nas várias e ordinárias contingências da vida, o homem deixa-se guiar por apreciações prováveis, e está bem. Se para obrar fôsse necessário a certeza dos resultados do trabalho, tôdas as fontes da actividade humana secar-se-iam. Qual é a indústria que podia surgir, se fôsse necessária a certeza antecipada do lucro? O trabalho industrial seria assim destruído e abolido. Como encontrar capitais para as emprêsas, se para as emprêsas fôsse sempre necessário a certeza antecipada do lucro? Os capitais iriam dormir o sono da sua inércia no fundo dos cofres. Quem mais cultivaria a terra, se para a cultivar fôsse preciso a certeza antecipada de uma produção remuneradora? À terra abandonada, acabaria por se tornar estéril. E isto é verdadeiro, não só no mundo económico, como em qualquer outro ramo da actividade humana. Não sendo o homem impellido a obrar senão por um fim mais ou menos próximo, mas sempre futuro, e não sendo dado ao homem julgar do futuro senão por juízos prováveis, exigir a certeza para obrar, é abolir a actividade humana. O homem deixaria de se mover, porque todo o seu movimento poderia expô-lo a um risco. Seria condenado a uma imobilidade infecunda, que o conduziria até à extinção da família humana. E com efeito, se quem associa a si na vida uma companheira, tivesse de estar certo antecipadamente de não ir de encontro a alguma daquelas calamidades físicas ou morais, a que pode levar o matrimónio pelo duplo lado da mulher e dos filhos, quem poderia casar-se? Imobilidade, solidão e êsterilidade aniquiladora, eis o destino do homem que não quisesse absolutamente deixar-se julgar por juízos prováveis nos actos ordinários da sua vida.

Mas se é bem que para as ocorrências ordinárias da sua vida o homem confie em juízos, pensados quanto quiserem, mas simplesmente prováveis, tal já não é permitido na verificação do facto criminoso que se diz ter sucedido, já não é permitido para exercer o sagrado e terrível mister da justiça punitiva: sagrado e terrível, porque é um mister divino nas mãos do homem. Se se podesse condenar em consequência de juízos simplesmente prováveis, a justiça punitiva, já o dissemos, perturbaria mais a consciência social, que o próprio delito: os cidadãos pacíficos achar-se-iam expostos, não só às agressões dos delinquentes particulares, como às mais temíveis, por isso que mais irresistíveis, da denominada justiça social. É sempre a certeza, e não pode ser senão a certeza como estado do espírito, que deve servir de base à condenação.

Mas êste estado da alma pode ser relativo a uma verdade percebida sem motivos contrários, e em matéria criminal um caso raríssimo de certeza, sòmente possível em relação a algum dos *elementos* criminosos, e impossível relativamente à *totalidade* do delito; pode, contudo, êste estado de alma ser relativo a uma verdade percebida também com motivos contrários, e é um caso frequente de certeza criminal. Mas também nêste segundo caso, nêste caso frequente, não ó permitido falar de probabilidade, sòmente porque se perceberam motivos contrários ao acreditar: trata-se sempre de certeza, do momento em que os motivos contrários ao acreditar tenham sido repudiados.

Vê-se daqui que em matéria criminal, de que nos ocupamos, se bem que a certeza não seja a probabilidade, como demonstramos, nem por isso a probabilidade deixa de ser o caminho mais freqüente da certeza. Começa-se por tomar em conta motivos de erêr e motivos de não crêr; isto é, principia-se pela probabilidade; depois, rejeitando os motivos que levam a não crêr, passa-se à certeza.

É conveniente observar que muitas vezes, pela imperfeição do espírito humano, não se atende a motivos dignos de serem tomados era conta; e então julga-se estar na certeza, e não se está, ao contrário, senão na probabilidade. Por isso, sob o ponto

de vista da possibilidade objectiva do contrário do que se crê, o] que nós julgamos ser certeza, não passa de probabilidade.

Mas nem por isso, repitamo-lo, isto autoriza a concluir pela identidade entre o certo e o provável. A possibilidade objectiva do contrário não está na natureza da certeza; e está ao contrário na natureza da probabilidade. A possibilidade objectiva do contrário, não é uma parte da natureza da certeza, mas sim a sua *imperfeição*; e a imperfeição nunca poderá ser considerada por um bom lógico como elemento constitutivo da natureza de um [ser: é ao contrário uma *negação parcial*.

Portanto, não pode sob aspecto algum, afirmar-se que a probabilidade seja o mesmo que a certeza; e para pronunciar uma condenação, nós já o demonstramos, é sempre necessário a certeza.

A probabilidade só entra por isso ao serviço da criminalidade, ou legitimando a *potestas inquirendi*, ou então como um primeiro passo para a certeza. Êste segundo caso verifica-se, quando a prova da probabilidade, que apresenta motivos convergentes à crença e divergentes da crença, se vem juntar uma outra prova que exclui os motivos divergentes da crença: tem-se assim, em conclusão, o que nós chamamos prova cumulativa da certeza, isto é, aquela soma de provas que, criando a certeza, pode servir de base legítima para se pronunciar uma condenação. Êste modo de funcionar da probabilidade em proveito da certeza, analisá-lo hemos melhor ao falarmos das provas.

Julgamos não ser possível estudar bem a probabilidade sem se ter em vista a certeza; e procedemos assim adiante na nossa investigação.

Do que temos dito até aqui, parece claro que se erra na definição, quando se faz consistir a probabilidade na percepção das mais fortes razões que induzem à afirmação. Se esta definição basta para distinguir o provável do simplesmente crível, que, como veremos, consiste na percepção de razões *iguais* para a afirmação e para a negação, não basta porém para o distinguir da certeza; e confunde-o particularmente com a certeza, que na nossa limitação subjectiva é acompanhada de motivos para não crêr.

Nem mesmo basta para a integridade da definição, dizer que a probabilidade é a percepção das maiores razões que conduzem à afirmação e *das menores que conduzem à negação*. Êste aditamento precisa um pouco mais o conceito da probabilidade, mas nem por isso chega a distingui-la da certeza. Na nossa certeza ordinária e defectiva, relativamente a factos contingentes não percebidos directamente, apresentam-se ao nosso espírito, já o dissemos, não só motivos para crêr, mas também motivos para não crêr. E, não obstante isto, quando e porque dizemos nós estar certos? Sòmente então, e sòmente pelo facto de a inteligência ter rejeitado por si mesma os motivos para não crêr. A probabilidade *nunca rejeita* os motivos para não crêr; aceita-os como tendo um valor inferior aos motivos para crêr.

Apresentemos um exemplo. Sabemos que numa urna se encontram noventa e oito esferas pretas e duas brancas. Tício tirou daquela urna, ao acaso, uma das esferas aí contidas. Na hipótese de não o podermos saber directamente, trata-se de saber por meio indirecto se a esfera extraída é preta ou não. Encontramos noventa e oito motivos que induzem a acreditar que a esfera extraída é preta; encontramos contemporâneamente dois motivos que induzem a não crêr que a esfera extraída seja preta. Por êstes dados objectivos podemos afirmar, com grandíssima probabilidade, que a esfera extraída é preta, atendendo a •que os motivos que induzem a esta afirmação são em número muito superior aos que induzem à negação: entre os motivos •convergentes à afirmação, e os divergentes dela dá-se a mesma relação proporcional que entre noventa e oito e dois. Mas já assim não é se pensarmos em que rejeitamos os dois motivos divergentes; se os rejeitarmos, a nossa afirmação seria certa e não provável.- Não os rejeitamos; aceitámo-los como dignos também de serem levados em conta, mas em conta inferior àquela em que merecem ser levados os noventa e oito motivos convergentes. Eis a especialização da probabilidade: *ela é a percepção dos motivos maiores convergentes a crêr, e dos menores divergentes de crêr, julgados todos êles dignos*

*de serem levados em conta, segundo a diversa medida do seu valor.*

É importante uma última observação a propósito da probabilidade. Nós, falando de certeza, sustentámos que ela era imensurável; e por isso não só se não pode estabelecer a relação entre as quantidades das várias espécies, como também é impossível graduar, em si mesmas, cada espécie: tem-se a certeza, ou não se tem. Somos levados a esta afirmação pela consideração da natureza da certeza. Ora, a consideração da natureza da probabilidade conduz-nos a uma dedução oposta. Existindo na noção da probabilidade motivos convergentes, e divergentes, que são levados todos em conta; à medida que os motivos convergentes aumentam, e diminuem os divergentes, cresce a probabilidade; e vice-versa, à medida que diminuem os motivos convergentes e aumentam os divergentes, diminui a probabilidade. Compreende-se que neste segundo caso só se supõe o aumento dos motivos divergentes dentro de uma medida sempre inferior à dos convergentes; de outra forma, chegando a número igual, extinguir-se-ia toda a probabilidade, e, ultrapassando-a, obter-se-ia uma probabilidade oposta.

Consequentemente, a probabilidade é graduável. Mas a sua graduação não pode determinar-se com limites fixos; porquanto o número dos motivos que em abstracto podem vir a influir nela é indefinido; e quanto aos motivos que, em concreto, são levados em conta, existe sempre nêles, em primeiro lugar, alguma coisa indeterminada que foge à adição numérica, e, depois, não é simplesmente o número dos motivos que determina o grau da probabilidade, mas especialmente a sua *importância*, valor lógico que não se pode determinar aritmeticamente.

Portanto, se se pode falar de mais ou menos no que respeita a probabilidade, coisa que se não pode fazer no caso da certeza, não é contudo possível determinar de modo fixo e numérico os vários graus de probabilidade.

A graduação da probabilidade, portanto, se se não quere ir de encontro ao fantástico, reduz-se simplesmente a dizer que pode ter-ae, relativamente a um objecto, uma probabilidade

mínima, a que eu chamarei, e depois direi a razão porque, o *verosímil*, ama probabilidade média, que poderá chamar-se, simplesmente, o *provável*, e uma probabilidade máxima que será o *probabilíssimo*.

Determinar, pois, os limites precisos que separam o verosímil do provável, e este do probabilíssimo, é impossível quando se não queira cair em fantasias e inexactidões indignas da ciência.

## CAPÍTULO IV

### A credibilidade em relação à certeza e à probabilidade

Quando se discute sobre a existência ou não existência de determinados factos, o facto não é considerado senão como *realidade em acção*, e não em simples potência. E por isso a certeza e a probabilidade, de que se fala a propósito de um determinado facto criminoso, são uma certeza e uma probabilidade que a ele se referem como a uma realidade já efectuada, e não para se efectuar.

O fim supremo da crítica judiciária é portanto a *verificação de uma realidade verificada*. Assentemos isto antes de mais, para se determinar o ponto de vista em que nos colocamos para ver as relações da certeza e da probabilidade com o que é crível: a credibilidade, como a certeza e a probabilidade, sob o ponto de vista do processo judicial, só é considerada relativamente à realidade já verificada, objecto das investigações judiciárias.

O que ontologicamente é *possível*, por isso que pode ter tido vida no mundo da realidade, é logicamente *crível* no mundo do espírito, por isso que pode ter sido reputado objecto real de um conhecimento. O *possível* é a potência capaz do actuar, e sob o nosso ponto de vista, o *ter podido ser* uma realidade : a *realidade* é a potência já exercida. A percepção de um



objecto, como possibilidade de uma realidade já verificada, é para nós, o crível; a percepção de um objecto como realidade de que se não duvida é, para nós, certeza.

O possível é portanto, direi assim, a potência embrionária da realidade, como o crível é a potência embrionária da certeza. Não sendo a realidade mais que uma potência realizada, o seu conceito inclui o de uma potência realizável; isto é, o real inclui o possível. Daqui o velho e incontestado aforismo dos lógicos: *ab esse ad posse valet illatio*.

Por outro lado não sendo a certeza senão a percepção da realidade de que se não duvida, como o crível é a percepção da realidade possível, segue-se que a certeza, por sua vez, inclui a credibilidade. O que é certo não pode deixar de ser crível; é o próprio axioma dos lógicos, transferido do mundo das realidades para o do conhecimento.

E nem somente o certo inclui o crível. Não podendo pensar-se senão o que é possível, segue-se que não pode haver conhecimento humano afirmativo sem a premissa tácita da credibilidade. Não só o certo, mas o provável e até o improvável, sob o seu ponto de vista afirmativo da possibilidade de ser, incluem sempre, em geral, a credibilidade. O que aparece mesmo minimamente possível no mundo dos factos, é sempre crível no mundo do espírito. Mas êste modo de considerar a realidade é muito vasto para os limites do nosso tratado, e por conseguinte pretenciosamente académico e inútil. Quando se supõe que o espírito humano, partindo de uma verdade real, chegou até à certeza, seria académico falar ainda da credibilidade.

Quando relativamente a uma verdade real, se supõe que o espírito humano atingiu o provável que é mais do que a mera credibilidade, seria académico falar ainda do crível puro e simples.

O crível, como se acha incluído no certo e no provável, não é mais que uma premissa tácita da certeza e da probabilidade, de que já falamos. Resta-nos falar do crível no sentido específico: procuremos determinar a sua noção.

Relativamente a um facto, o espírito pode achar-se no estado

ignorância, ausência de qualquer conhecimento; no estado de dúvida em sentido restrito, conhecimento alternativo, incluindo igualmente o sim e o não; no estado de probabilidade, prevalência do conhecimento afirmativo <sup>1</sup>; no estado de certeza, conhecimento afirmativo triunfante.

A dúvida e a probabilidade não são muitas vezes senão duas etapas para passar das obscuras regiões da ignorância, às regiões luminosas da certeza. E digo *muitas vezes*, porque, geralmente, há verdades tão cheias de esplendor intrínseco que o espírito se apodera delas directamente, sem passar através das transições da dúvida e da probabilidade.

Nas noções que demos sobre a certeza e sobre a probabilidade vimos, que a certeza não tem já motivos divergentes da crença dignos de serem levados em conta; que a probabilidade, ao mesmo tempo que tem mais motivos convergentes à crença, tem menos motivos divergentes dela, dignos todos êles de serem tomados em consideração. Pois bem, senhores, quando se dá a *paridade entre motivos convergentes e divergentes*, tem-se a dúvida em sentido específico, aquela dúvida que eu chamo mera credibilidade.

E compreende-se porque preferimos falar de *credibilidade* e não de *possibilidade*, como outros teera feito; porquanto, segundo o que temos dito, a *possibilidade* é uma determinação exclusivamente ontológica, e nós não entendemos dever ocupar-nos aqui do ser em si, mas do ser enquanto é objecto do conhecimento. Ora sob o ponto de vista do conhecimento do ser, é inexacto falar de possibilidade; é ao contrário necessário falar de credibilidade, para pôr em relevo a natureza subjectiva daquilo que se quer indicar.

Alguns, falando sempre do *possível*, julgaram por isso poder-lo indicar indiferentemente com o nome de *verosímil*. Ora,

<sup>1</sup> Na noção da probabilidade, a prevalência dos motivos convergentes sobre os divergentes, inclui-se o improvável, por isso que êste não é senão o contrário da probabilidade: o que é provável do lado dos motivos maiores, é improvável do lado dos motivos menores.

à parte a inexactidão do tema, em que, como dissemos, se incorre falando do possível, que *é* um estado ontológico, deve no entanto dar-se a noção dos vários estados subjectivos do espírito humano, em face da verdade; à parte, dizia, a inexactidão do assunto, parece-me que nem mesmo é exacta a correspondência entre *verosímil* e *possível*. Atendendo à patente etimologia, *verosímil* não é o que *pode ser* uma verdade real, mas o que *tem aparência disso*. E para haver semelhança de verdade real não basta a simples condição da possibilidade, exige-se mais alguma coisa. Exige-se algum motivo que nos indusa a crêr numa verdade, mais que como simplesmente possível, como real: é nesta aparência de realidade que assenta, direi assim, o perfil e o esboço da verdade real, que se chama verosimilhança. Em uma infinidade de casos, nós, com quanto não possamos fazer sem admitir a possibilidade de certas verdades reais, tôdavia, sem descobrir aquele tal perfil da realidade, achámo-lo inverosímil. Basta que apelemos para a linguagem comum, mais exacta, neste ponto, que a linguagem científica de alguns. E *verosímil* para nós, não o que nos aparece simplesmente *possível* mas o que, por uma razão mais ou menos determinada, nos inclinamos a julgar *real*. É por isso que marcamos com a verosimilhança o primeiro grau da probabilidade: *verosímil*, *provável*, *probabilíssimo*.

Não falamos portanto de possibilidade, não falamos de verosimilhança; parece-nos mais exacto falar de credibilidade.

Para nós, tanto como a certeza e a probabilidade, também a credibilidade é um estado subjectivo, que não deixa de ser tal, só pelo facto de ser determinado por motivos objectivos. Existe simples credibilidade para nós, credibilidade em sentido específico, sempre que a consciência se encontra em face de motivos iguais para a afirmação e para a negação; na percepção das razões *iguais* para crêr e para não crêr, põe-se de parte a sua natureza específica. Se não existissem motivos de espécie alguma, não existiria conhecimento algum. Se os motivos deixassem de ser iguais, não existiria mais o crível em sentido específico: ter-se-ia o provável, que é mais que o crível específico, atendendo aos motivos maiores; e ter-se-ia o improvável, que é menos que

o crível específico, atendendo aos motivos menores. Se existissem apenas motivos de uma só espécie, dignos de serem levados em conta, nem mesmo haveria conhecimento do crível em sentido específico, mas do certo, pleno de credibilidade genérica, do lado dos motivos univocamente convergentes, e conhecer-se-ia o incrível, ausência absoluta de credibilidade, do lado oposto.

Ponhamos de parte a probabilidade e a certeza, que não são senão desenvolvimentos e aperfeiçoamentos da credibilidade em geral, estados mais perfeitos do espírito, dos quais um está mais próximo da verdade, e o outro já a atingiu; ponhamos de parte, repito, a certeza e a probabilidade, de que já falamos, não nos convindo falar nelas só pelo facto de incluírem o crível em geral.

Mas convém observar que no reverso destes estados mais perfeitos dos nossos conhecimentos, encontram-se os dois grandes adversários do crível, que devem ser tomados em consideração: o contrário da probabilidade, o improvável; o contrário da certeza, o incrível.

O improvável não destrói a credibilidade senão na sua força média: destrói unicamente a *paridade* dos motivos para crêr e para não crêr, aquela paridade que constitui a credibilidade específica; mas não tem força para destruir a credibilidade genérica, que por isso, não obstante o improvável, continua a subsistir. Vice-versa, o incrível arranca pelas raízes toda a credibilidade, específica e genérica.

Não é, pois, necessário ocupar-nos do improvável em particular, porquanto, não chegando a destruir a credibilidade genérica, não autoriza a suspender as investigações da justiça, e a basear sobre êle, sem mais, a sentença do magistrado. Se a inocência não se pode provar, nem por isso se pode condenar; se a criminalidade se não prova, não é por esta improbabilidade, como tal, que se deve absolver, e deve bastar menos do que a improbabilidade do delito para absolver; bastando a credibilidade específica, pura e simples, que provém da paridade de razões para a inocência e para a culpabilidade; bastando até menos do que isso, bastando- mesmo unicamente a simples existência de motivos menores para a inocência, dignos de serem

tomados em consideração, se bem que existam motivos maiores para a criminalidade, isto é, bastando mesmo a própria improbabilidade da inocência. Quando se tenha presente que a condenação só pode ser baseada na *certeza da criminalidade*, vê-se imediatamente que a credibilidade racional, mesmo mínima, da inocência, sendo destruidora da certeza da criminalidade, deve conduzir necessariamente à absolvição. De tudo isto deriva, que este primeiro inimigo da credibilidade, o improvável, não pode ser causa de graves e perniciosas conseqüências judiciais. O improvável não é um termo para as investigações judiciais; é, ao contrário, uma transição.

Por outro lado, estes mesmos êrros e aquelas razões de êrro que viciam o incrível, são comuns também ao improvável. É inútil, por isso, ocupar-nos disto em especial.

No entanto, porém, é necessário dizer uma palavra a respeito do incrível. O incrível, só por se apresentar como tal, fecha as portas na face de toda a afirmação contrária, sustando toda a investigação judicial: não pode por isso deixar-nos de falar dêle na crítica criminal.

Á percepção inexacta do incrível pode conduzir em êrro o espírito humano por duas vias, quer porque faz julgar incrível o que na verdade é crível, quer porque faz julgar crível o que em verdade é incrível: há um falso incrível no primeiro caso, e um falso crível no segundo. O falso incrível conduz a êrro o espírito humano, fazendo-o rejeitar o que está admitido. Surgem contudo mil provas, fâchos radiosos como luz do sol, a revelarem uma realidade ontológica, aonde o falso incrível põe o impossível e o nulo; surge porém uma multidão, mil vozes vibrantes, a afirmar como verdadeiro um dado facto; pois bem, o juiz já não crê nelas, se, julgando aquele dado facto impossível no mundo da realidade, o tem como incrível na sua consciência. O falso crível, por sua vez, faz cair noutros êrros o espírito humano, arrastando-o a admitir o que é rejeitado. É importante, por isso, determo-nos um pouco ao falarmos do incrível, que pode enganar a consciência do juiz, tanto sendo afirmado sem razão, como não sendo reconhecido com razão.

A noção geral do incrível apresenta-se em duas palavras: o incrível é o oposto da certeza. Quando o espírito humano está certo de uma verdade, o oposto àquela verdade é, por isso" mesmo, ontologicamente impossível, e logicamente incrível. Como as trevas são o oposto à luz, como o nada é o oposto ao ser, como o falso é o oposto à verdade, assim também o incrível é o oposto ao certo. Certeza e incredibilidade são, assim, duas faces do mesmo conhecimento humano, a face positiva e a face negativa. Segue-se daqui que o incrível tem uma natureza subjectiva, como a certeza, e que, segundo a provisão de verdades verificadas que tem o espírito humano, se determina o horizonte para além do qual começa a incredibilidade. O incrível é, assim, um estado subjectivo, criado por outro estado subjectivo que é a certeza.

Desta noção, derivam considerações que não devem ser desprezadas. Eis aqui uma primeira. Se o incrível é o oposto ao que se julga verdade certa, segue-se que, segundo a diversa espécie de verdade, e o diverso modo em que ela consequentemente se apresenta como certa ao espírito se haverá uma diversa espécie de incredibilidade. Ora, julgamos importante, sob este critério, distinguir duas espécies de incrível, uma das quais exclui toda a necessidade de provas, e a que sem provas nada faz.

Há *verdades patentes* por si mesmas em toda a sua compreensão, verdades necessárias e de senso comum; e a estas verdades necessárias são assimiladas as verdades contingentes, quando percebidas directamente na sua individualidade: o oposto a estas verdades é para o espírito o *incrível patente*. Existem *verdades não patentes*, verdades contingentes, e não percebidas directamente; e a estas verdades contingentes vêem-se assimilar as verdades necessárias que não são de senso comum, e que necessitam ser demonstradas particularmente para serem admitidas: o oposto destas verdades é, para o espírito humano, o *incrível condicional*; isto é, é incrível se a verdade a que se opõe se torna certa.

O facto de os corpos sólidos não poderem penetrar-se e entrar um para dentro do outro, é uma verdade da primeira espécie, é propriamente uma verdade necessária e de senso-

comum. Ora se se diz que Tício roubou em uma casa fechada, passando através da continuidade dos muros; eis que este facto particular asseverado cai no incrível patente. Para alegar, como defeza, esta espécie de incredibilidade, não são necessárias provas, porque a verdade a que se opõe este facto incrível, está na consciência de todos. Poderá haver necessidade de testemunhas para nos convenceremos de que um corpo não pode passar através da continuidade de outro?

O *alibi* afirmado por Tício para repelir a acusação de ter pessoalmente consumado um furto, a afirmação apresentada por Caio, de não saber escrever para repelir a acusação de ter redigido um libelo difamatório, são verdades contingentes e particulares: podem ser e não ser. Mas quando estas verdades particulares são admitidas, subordinando-se a uma verdade geral e não contingente, induzem a incredibilidade do facto contrário: é subordinando o *alibi*, como o não saber escrever, ao princípio de contradição, segundo o qual não se pode admitir que uma coisa seja e não seja ao mesmo tempo e sob as mesmas relações, é subordinando aquelas verdades contingentes a um princípio geral e não contingente, que se induz a incredibilidade do facto contrário. É incrível que Tício tenha roubado em Nápoles, enquanto estava em Londres; é incrível que Caio tenha escrito um libelo difamatório, não sabendo escrever: incredibilidades estas condicionais, pois que são dependentes de verdades relativas: o furto imputado ao primeiro e o libelo difamatório imputado ao segundo vão de encontro a uma condição particular que, subordinada ao princípio geral, constitui o incrível condicional. E estas verdades contingentes, em que se baseiam as condições particulares do incrível, necessitam provas, para poderem ser afirmadas. Já não se trata de verdades patentes em toda a sua compreensão, e que, - como tais, existem na consciência de todos; trata-se, ao contrário, de consolidar em primeiro lugar verdades contingentes e particulares, que podem ser ou não ser. Assim, no primeiro dos casos supracitados, para tornar incrível a acusação da execução do furto, é necessário verificar com provas particulares, a permanência de Tício em Londres ao tempo do furto em Nápoles;



assim, no segundo dos casos, para tornar incrível a acusação de ter escrito o libelo difamatório, é necessário provar com provas particulares o facto de Caio não saber escrever; e em seguida, naturalmente, subordinando estas duas condições particulares ao princípio da contradição, tornar-se há incrível a criminalidade de Tício e a de Caio.

Passemos agora a outra consideração, derivada também da noção do incrível. Dissémos que o incrível é o contrário da verdade certa; acrescentámos que é sempre relativo ao estado dos nossos conhecimentos: êste acrescentamento faz sentir a necessidade de uma investigação posterior. Admitido que o incrível é relativo ao estado dos conhecimentos humanos, é importante perguntar: existem ou não conhecimentos imutáveis? Existe, por isso, ou não existe, um incrível que permaneça e deva permanecer tal imutavelmente? Por outros termos, existe um incrível absoluto ?

Nós, ao distinguirmos o incrível em patente e condicional, colocámo-nos sob o ponto de vista da necessidade, ou não necessidade, das provas: é necessária a prova no incrível condicional, por isso que êle é o oposto de uma verdade não notória por si só; não é precisa a prova no incrível patente, por isso que êste não é mais que o oposto de uma verdade evidente. É necessário agora proceder a uma outra distinção do incrível, relativamente à sua fôrça intrínseca. E para o fazer é necessário atender à natureza da ideia geral, cujo contrário é o incrível.

Dissémos que também no caso do incrível condicional, **que** consiste no oposto de uma verdade contingente, existe sempre uma ideia geral, por meio da qual, subordinando-lhe a condição particular verificada, se obtem o incrível. Ora pondo de parte a consideração da existência, ou não existência, de uma condição contingente, dirijamos a nossa atenção simplesmente para a natureza da ideia geral, de que nasce o incrível: é pela consideração daquela ideia geral que poderemos ver se existe, ou não existe, um incrível imutável.

É conveniente no entanto começar por observar que, quando, para ver se há ou não um incrível absoluto, se empreende o



estudo das várias espécies de verdades, que podem ser o conteúdo da ideia geral presente à nossa mente, cujo oposto para nós é incrível, é necessário proceder a esta investigação, levando unicamente em conta as verdades que têm o consenso universal. Se existe um incrível absoluto que tenha o direito de se apresentar como tal à consciência, só pode encontrar-se no oposto de verdades geralmente consentidas; porquanto desde que uma verdade é admitida por uns e negada por outros, o seu oposto será incrível para uns, e crível para outros, e os primeiros poderão ser vencidos pelas razões dos segundos e passar, naturalmente, a tomar como crível o que primeiro tinham por não crível. O incrível absoluto, se o há, que se apresente como tal à consciência humana, só pode consistir, repetimo-lo, no oposto de verdades geralmente aceitas. Posto isto, duas categorias de verdades há, bem distintas, que têm o consenso geral da humanidade.

A humanidade, em primeiro lugar, percebe dois modos de ser constantes e nunca mudáveis das coisas e dos homens, e induz deles leis naturais. Estas leis são verdades geralmente aceitas, sempre que se referem a factos de observação comum; mas não sendo estas leis para nós senão ideias experimentais, resultantes da soma das observações particulares, segue-se que, apenas se nos apresenta uma observação de espécie diversa, a lei muda logicamente: estas verdades não são assim necessariamente imutáveis. A asserção da existência de um homem da altura de dez metros é incrível, por que a soma das observações particulares leva a tomar como lei natural, nunca mudada, a altura humana inferior a dez metros. Mas nada de intrínseco se opõe a crer que amanhã se descubra uma raça de gigantes em uma ilha perdida no Oceano, onde os homens tenham, todos, mais de dez metros de altura. Qual seria a consequência? Que a lei mudaria, e o incrível desapareceria por sua vez. Êste incrível não é pois imutável: é um incrível *relativo* ao estado dos conhecimentos. Outra categoria de verdades há que são *evidentemente imutáveis por um princípio de razão*. São as verdades apodícticas da consciência; e o contrário delas é sempre *absolutamente* incrível. Poderá por ventura mudar-se alguma vez a verdade do que os

lógicos chamam princípio de contradição? Não; há-de ser sempre verdade a impossibilidade de uma coisa ser e não ser ao mesmo tempo e sob as mesmas relações; e o contrário dêste princípio nunca deixará de ser incrível. Suponhamos mesmo que uma simples verdade de facto, uma verdade contingente mas *verificada*, se acha subordinada a um princípio necessário, como o de contradição; e o contrário daquela verdade de facto, que enquanto a si mesma é contingente, será sempre, para todos e em tôda a parte, considerado como incrível. Suponhamos que Tício ó acusado da morte de Caio, efectuada em um dado lugar e em uma dada época, e suponhamos que se prova que Tício naquela ocasião estava em outro lugar: a presença de Tício no local do crime, que é o contrário daquela verdade contingente, mas verificada, que consiste na presença contemporânea de Tício em um lugar diverso, será sempre e em tôda a parte incrível. Nunca poderá acreditar-se em parte alguma do mundo que, quem está em um lugar, possa estar contemporaneamente em outro, pela fôrça necessária e imutável do princípio de contradição.

Se existe pois um incrível que pode deixar de ser assim, devido a uma mudança de estado dos conhecimentos, deve existir também um incrível sempre e por tôda a parte necessariamente incrível.

Das noções acima expostas, resulta pois que pode ser, quanto ao seu valor intrínseco, *absoluto* ou *relativo*, tanto o incrível, que chamamos *patente*, como o que chamamos *condicional* sob o ponto de vista da necessidade de provas. É absoluta e patentemente incrível que uma coisa seja e não seja ao mesmo tempo e sob o mesmo respeito; é incrível patentemente, mas relativamente, a existência de um homem da altura de dez metros. É incrível condicionalmente, mas absolutamente, que Tício tenha cometido um crime em Nápoles ao *mesmo tempo* em que se achava em Roma; é incrível condicional e relativamente que Tício tenha cometido um crime na Itália, estando, dois dias antes daquele crime, na América.

Julgamos agora oportuno passar à consideração dos êrros em que se pode cair a propósito do incrível. Indicamos prece-

dentemente, a propósito de incrível, como por duas vias pode ser insidiada a consciência do juiz. É conveniente voltar a tratar destas considerações.

Em primeiro lugar, derivando o incrível do estado dos conhecimentos, segue-se que uma deficiência de conhecimentos pode, levar a reputar como incrível o que, na realidade das coisas, é crível; e esta espécie de erro, que leva à negação de factos verdadeiros, é a primeira das vias porque pode ser insidiada a consciência do juiz.

Em segundo lugar, o incrível, por razões inerentes ao seu conteúdo especial em relação às paixões humanas, exerce por vezes uma tal fascinação sobre a consciência, que a induz a reputá-lo crível; e factos, que deveriam rejeitar-se pela sua incredibilidade, são então aceites como críveis. Esta espécie de engano, que arrasta a afirmar factos falsos, é a segunda via pela qual pode ser insidiada a consciência do juiz. I Examinemos particularmente cada uma destas espécies de erro.

A possibilidade do primeiro erro que leva à negação de factos verdadeiros, por pretensa incredibilidade, aparece claramente logo que se atenda a que o incrível tem uma natureza subjectiva, e é sempre relativo ao estado dos nossos conhecimentos. É esta natureza subjectiva que é necessário nunca esquecer, para se estar em guarda contra as insídias possíveis do incrível sobre o espírito humano. Por vezes, aquilo que parece uma verdade verificada pela consciência, não é senão um erro; e então o incrível que daí deriva, não é senão ignorância. Suponhamos que das excavações feitas em uma cidade sepultada, das excavações de Herculano e de Pompeia, se extrai vivo e meditando um sábio dos velhos tempos: suponhamos que o pobre Plínio, o velho, que amou a ciência até sacrificar-lhe a vida, é desenterrado, e se encontra vivo, vencedor duas vezes milenário da morte. Pois bem, quem lhe narrasse ter atravessado o Oceano, sem fôrça de velas nem de remos; quem lhe narrasse ter um amigo residente em outra parte distante do mundo, vê-lo-ia sorrir desdenhosamente de incredulidade, exclamando: incrível. E o sorriso desdenhoso do velho sábio seria simplesmente ignorância.

Quanto menor é o número das verdades que o homem possui, tanto maior é o número dos seus êrros; êrros que toma por verdades verificadas, de que deduz, por isso, falsas incredibilidades. A ignorância de tôdas as leis da natureza conduz a dar às leis que se conhecem um conteúdo mais amplo que o verdadeiro; isto é, conduz à afirmação de leis falsas, que origiam falsas incredibilidades. Eis porque, à medida que a humanidade segue a sua marcha, o falso incrível diminui: é que a humanidade, avançando no número de anos, avança também nos conhecimentos. O pensamento humano fêz sempre novas conquistas: explorador formidável, avança sempre mais através das regiões inexploradas; e à medida que avança, o ignoto retrocede diante dêle, e o campo do incrível, do incrível originado pela ignorância, torna-se cada vez mais apertado.

A criança toma como últimos confins do mundo o cume da montanha que vê ao longe envolta pelas nuvens da porta de sua casa; e à medida que avança em idade descobre que por trás daquela montanha outros mundos existem, outras terras e outros mares. Êste alarga-se do horizonte, que se dá na vida individual do homem, verifica-se também como lei na vida da humanidade: as ideias conquistadas por uma geração iluminam o caminho às gerações que se lhe seguem; os corolários do século que morre tornam-se postulados para o século que nasce. Vê-se daqui que o que parece falsamente incrível à ignorância de uma geração, pode exactamente revelar-se crível aos conhecimentos da geração que lhes sucede, igualmente ao que se verifica quanto aos diversos períodos da vida de uma mesma geração, ou de um mesmo indivíduo, para a aquisição de um novo conhecimento.

Quem é que não se recorda de ter ouvido na sua infância contar feitos estranhos e maravilhosos de mágicos e feiticeiros ? Êstes contos povoaram então de espectros as nossas noites de criança, aqueles contos que faziam rir de incredulidade os nossos velhos; aquelas histórias, cuja lembrança também nos faz depois, na nossa primeira juventude, sorrir de incredulidade. E no entanto senhores, em mil daquelas histórias fantásticas, têrror das crianças e das amas, se ao nome de *Mágico*, substituídes

hoje o de *hipnotizador*, se às pobres vítimas daqueles poderes misteriosos, deres boje o nome de nevropatas, já não vos encontrareis em face do *incrível*. As fantásticas fábulas podem encontrar o apoio de documentos humanos, nem mais nem menos do que as narrativas de um realista moderno. Para nos convenceremos basta ler as experiências feitas em nossos dias na Salpé-trière sob os olhos do grande Charcot, e com o método da hipnotização pela simples fixação de ura objecto resplandecente. São experiências maravilhosas que fazem vir aos lábios as solenes palavras de Hamlet:

In cielo e in terra,  
**Vha di tai cose, Orazio, che la nostra**  
**Filosofia non ha sognate msi !**

Com Charcot, o hipnotismo saíu do reino da fábula e da superstição, para evitar triunfantemente no da história e da ciência; pois que Ale, o grande neuro-patologista morto há pouco, determinou, com a observação doa fenómenos nevro-mus-culares, as notas fisiológicas do que êle classifica como estados fundamentais do hipnotismo: letargia, catalepsia, sonambulismo. A simulação já não é assim possível, e a fábula mnda-se em história: o que se tinha como incrível revelou-se crívei. Se a princípio o juiz penal ouvindo afirmar certos factos anormais, de natureza hipnótica, não os admitindo mesmo à prova, os rejeitava sem mais com uma simples palavra: incrível; agora, sentirá a necessidade de proceder cautelosamente, admitindo-os à prova, e reservando-se unicamente a faculdade de não admitir os factos, não por serem incríveis, mas por não serem verdadeiros.

Concluindo: para evitar as insídias do falso incrível sôbre a consciência do juiz, não há a aconselhar-lhe senão ponderação e uma modesta prudência no seu juízo. O juiz que não se sente suficientemente esclarecido quanto ao conhecimento de uma matéria, não deve, sentando-se presumidamente na cátedra, julgar levianamente. Que consulte os peritos sôbre a matéria controvertida, e com o espírito desapixonado e serêno, que se esclareça

por meio das suas respostas. E se em seguida a isto, e não obstante isto, devido a uma certa imperfeição, sempre inerente aos nossos conhecimentos, vem a cair em erro este erro, não será imputável a ninguém: será a consequência fatal da imperfeição humana.

Passemos agora a falar da segunda espécie de erro; do erro que leva o admitir, como verdadeiros, factos que seriam rejeitados como incríveis. Toda a história está cheia destes erros de humanidade.

Se é a ignorância que torna possíveis estes erros da humanidade, é porém sempre nas paixões que se criam as causas impulsivas dêles: o que impele os homens a acreditar no incrível ó sempre a paixão humana na sua dupla determinação de amor e de ódio, de *desejo do bem*, que se resolve no útil, e de *mêdo do mal*,

O *desejo do bem* explica-se umas vezes na forma positiva do simples apetecer de um bem que se não goza, outras resolve-se na forma negativa de querer afastar um mal que se sofre, ou que se deve sofrer. *Querer é poder*, é um provérbio bom para manter os esforços da perseverança; mas, na realidade, devido à imperfeição humana, são bem débeis as nossas forças para a aquisição dos bens que não possuímos, são bem débeis os nossos esforços para o afastamento dos males que nos afligem! E o espírito humano, sentindo a sua impotência, e sentindo no entanto forte o seu desejo do bem, vai ansioso procurar um poder superior que o ajude a alcançar o bem e a afastar o mal. E este desejo ansioso da procura, torna-o propenso a acreditar na influência de poderes misteriosos e auxiliadores.

Assim, pois que *quod volumus facile credimus*, se explica a fé prestada em todos os tempos aos vaticínios pelos antigos, oráculos solenes da pitonisa no seu templo, às modernas e infantis adivinhações da cigana vagabunda; às respostas dos augures, dos auspices e dos arúspices entre os Romanos, aos horoscópios medievais da astrologia judiciária, sciências loucas que no décimo terceiro e no décimo quarto século chegaram a ter cadeiras e professores em duas cidades célebres da Itália; às consultas

a

dos falsos videntes da antiguidade, às consultas espiritistas dos *médiums* dos nossos dias. Quão útil seria conhecer o futuro, para alcançar o bem e afastar o mal! e eis, por diversas formas, ao serviço da humanidade uma pretendida ciência divinatória, e em vista da qual o espírito humano experimenta, quando não creia nela, quási que um íntimo desalento. -

O conhecimento do futuro coloca o homem em condições de se prevenir contra os males, e encaminhar-se para o bem, na medida das suas forças. Mas seria bem melhor para os destinos humanos, que os poderes ocultos interviessem directamente, não só para nos revelar simplesmente os males e os bens, mas para combater uns e fazer-nos conquistar os outros. E é assim que, como sempre, pela mesma razão, pois que *quod volumus facile credimus*, se explica a inclinação que a humanidade teve sempre para dar fé a forças misteriosas, capazes de nos fazerem alcançar a felicidade, e afastar os males da vida, as doenças, até a morte. Do elixir de longa vida, sonho de perpétua juventude e de imortalidade, do conde de Cagliostro, aos remédios secretos e às panaceias misteriosas de algum charlatão obscuro dos nossos dias; da antiga fé nos talismans e nos amuletos, com figuras e palavras misteriosas, até aos vulgares cominhos de nossos dias contra a *jettatura*: é uma contínua cadeia de credulidade humana, de que cada anel é um desejo de felicidade. Seria assim útil ao homem ter um aliado misterioso para se defender dos males, e para forçar os bens a serem nossos! E eis aqui uma pretendida ciência taumatúrgica, em virtude da qual, não acreditando nela, o espírito humano experimenta uma secreta e inexprimível sensação de amargura!

O desejo do bem, pois, na sua dupla forma, positiva e negativa, torna-nos propensos a crer em poderes misteriosos que o prometem, e consequentemente em factos incríveis que são a sua consequência.

Mas, como dissémos, outro estímulo, para acreditar em factos incríveis nos vem *do medo do mal* como mal, do medo que perturba as faculdades mentais, e não permite mais uma serena apreciação. Atendei bem que eu falo de *medo*, e não de.

temor: êste nasce da percepção serêna do espírito, e é raciocinado, e no equilíbrio espiritual, que não se perdeu, converte-se em desejo do bem; aquele é irracional e instintivo; e converte-se apenas em perturbação intelectual. O homem, por vezes, sentindo-se fatalmente predestinado a graves males, sentindo-se desarmado em face dêles, é presa de uma agitação de espírito em consequência da qual se julga alvejado por um poder misterioso e maléfico. O terror da peste, em Milão, faz ver, aos espíritos do décimo terceiro século, a causa de todo o mal em um liquido espargido sôbre os homens e sôbre as coisas: faz acreditar nos *untori*. O terror da cólera, nos nossos dias, fêz crer em pequenas garrafas maléficas cujo conteúdo, dado a beber pelos médicos, propagava o mal. Os ignorantes do nosso século, e os do décimo terceiro século, encontraram o seu êrro fantástico numa fonte comum: o mêdo irracional do mal.

Sempre, e em tôda a parte, o bem com as suas fascinações, o mal com os seus mêdos, actuando violentamente sôbre o espírito humano, teem feito crer entre os homens em um poder irracional, misteriosamente maléfico e em um poder irracional misteriosamente benéfico, um *Ormuzd* e um *Arimane*, em virtude do qual o incrível se torna crível.

Deverá, por isso, quem julga, estar prevenido, não só contra aquela primeira espécie de êrro, que leva a rejeitar como incríveis factos que na verdade são críveis, mas também contra esta espécie de engano, que leva a admitir, como críveis, factos incríveis. E consequentemente deverá êle, com espírito serêno, unicamente sequioso de verdade, colocar-se fora e acima daquelas correntes apaixonadas de ideias, e daqueles ambientes viciados, que são motivados na multidão tanto pelas fascinações irracionais do bem, como pelos mêdos irracionais do mal.



## SEGUNDA PARTE

### Da prova em geral

#### CAPITULO I

##### Prova e regras genéricas probatórias

A prova pode considerar-se sob um dúplice aspecto: pode considera-se quanto à sua natureza e à sua produção, e quanto ao efeito que produz sobre o espírito daqueles perante quem é produzida. Sob este segundo aspecto resolve-se na certeza, na probabilidade e na credibilidade, assuntos tratados na parte geral precedente. É sob o primeiro aspecto, isto é, o da sua natureza e da sua produção, que nós consideraremos a prova em todo o resto deste livro, começando aqui por considerá-la em geral, para passar depois a considerá-la nas especialidades derivadas do sujeito, do objecto e da forma que a prova pode ter.

Como as faculdades perceptivas são a fonte subjectiva da certeza, as provas são por isso o modo de apreciação da fonte objectiva, que é a verdade. A prova é, portanto, sob este aspecto, o meio objectivo por que a verdade chega ao nosso espírito; e como o espírito pode, relativamente a um objecto, chegar por meio das provas tanto à simples credibilidade, como à probabilidade e à certeza, existirão assim provas de credibilidade, provas de probabilidade e provas de certeza. A prova, em geral, é portanto a relação concreta entre a verdade e o espírito humano nas suas determinações especiais de credibilidade, de probabilidade e de certeza.

É necessário, porém, observar que na crítica criminal não se fala do facto senão *como realidade* verificada. Ora, aquelas provas que chamamos de credibilidade não são propriamente provas quanto ao facto real, mas quanto a uma ideia. Quando o nosso espírito, relativamente a um dado facto, chega a ter uma ideia da sua simples possibilidade, acha-se num estado especial que é constituído pela igualdade de motivos para crêr e para não crêr nêle; com a ideia da simples possibilidade de um facto, não se tem razão alguma preponderante para crêr na sua realidade. Ora, visando-se em juízo criminal a estabelecer a realidade dos factos, só são propriamente provas as que induzem no nosso espírito uma preponderância de razões afirmativas para crêr em tais realidades; e consequentemente só são propriamente provas as da probabilidade, que é a simples preponderância maior ou menor das razões afirmativas sobre as negativas, e as da certeza, que é o triunfo das razões afirmativas para crêr na realidade do facto.

É necessário observar também que o fim supremo do processo judiciário penal é a *verificação* do delito, na sua individualidade subjectiva e objectiva. Todo o procedimento penal, no que respeita ao conjunto das provas, só tem importância sobre o ponto de vista da *certeza*, alcançada ou não, relativamente ao delito; porquanto todo o juízo só pode resolver-se em uma condenação, ou em uma absolvição, e é precisamente a conquista da certeza do crime que legitima a condenação, assim como é a dúvida, ou, por outras palavras, a *não conquista da certeza* do delito, que obriga à absolvição. O objecto principal da crítica criminal consiste por isso em indagar como é que da prova pode legitimamente nascer a certeza do delito; o objecto principal das suas investigações é, por outros termos, o estudo das provas da certeza.

Não é só por este facto que as provas de probabilidade devem banir-se do processo criminal; elas, além de servirem para a legitimação da *potestas inquirendi*, podem mais servir, no seu conjunto, para constituir uma *prova cumulativa* de certeza, capaz de legitimar a condenação por parte da *potestas judicandi*. Mas disto mesmo deriva que as provas de probabilidade, como

tais, só são consideradas quando capazes de constituírem uma prova cumulativa de certeza; e por isso é sempre verdade que o objecto principal das investigações da crítica criminal é o exame das provas da certeza.

E aqui não se pode passar adiante sem esclarecer como é que as provas de probabilidade podem, acumuladas de certa forma, converter-se em provas de certeza, e consequentemente em que sentido as provas de probabilidade, apresentando-se como elementos da prova que chamamos *prova cumulativa* de certeza, podem autorizar legitimamente a condenação. Para esclarecer isto, ocorre lembrar a noção do provável. O provável, como dissemos em lugar próprio, tem por sua natureza motivos convergentes à afirmação, e motivos divergentes dela. Admitamos, pois, que exista uma prova de probabilidade: existirão nela motivos convergentes e divergentes. Mas se a esta primeira prova de probabilidade juntarmos outra prova excluindo os motivos divergentes, eis que resultará daí uma prova cumulativa de certeza. Por amor da precisão e da clareza, mesmo sob pena de sermos acusados de pedantismo, exemplifiquemos praticamente; e refiramo-nos propriamente ao exemplo exposto, anteriormente a propósito de probabilidade. Tínhamos suposto que em uma urna estavam cem esferas: noventa e oito pretas e duas brancas. Suponhamos agora o caso de Tício ter extraído uma esfera daquela urna, sem que se possa saber por meio directo se ela é preta se branca: depois da extracção, a urna foi despejada sobre a água de um ribeiro, deixando cair aí, sem as ver, as esferas nela contidas. Quer-se saber com certeza se foi branca ou negra a esfera tirada.

A *prova da certeza de se conterem* na urna noventa e oito esferas pretas e duas brancas, será uma *prova de probabilidade grandíssima* da *extracção* de uma esfera preta. Suponhamos agora que a esta prova de *probabilidade de extracção* da esfera preta se vem juntar outra prova de *certeza de se conterem* na urna, posteriormente à extracção, duas esferas brancas, porque, suponhamos, banhadas de uma substância viscosa, se colaram às paredes da urna. Eis que pela exclusão dos motivos divergentes, chegamos a uma prova cumulativa de certeza. Nós queríamos, é

bom precisar isto, verificar se a *extracção* foi de uma esfera branca ou preta. A prova de certeza de se conterem na urna noventa e oito esferas pretas e duas brancas, é simplesmente uma prova de *probabilidade da extracção* de uma esfera preta. Consequentemente, para a verificação da extracção, não temos até aqui senão uma prova de probabilidade. A prova de certeza da aderência das duas esferas brancas à urna, por si só, relativamente à *extracção* que queremos verificar, não é prova de espécie alguma, nem de certeza, nem de probabilidade. Mas esta segunda prova, esta prova de *certeza da aderência* das duas esferas brancas, excluindo os motivos divergentes apresentados pela primeira prova, pela prova de *probabilidade da extracção* de uma esfera preta, dá-nos como resultado uma *prova cumulativa de certeza da extracção de uma esfera preta*. Tal prova de certeza é por isso rigorosamente incontestável, no caso raríssimo de existir, como no nosso exemplo, determinação numérica e incontrovertível dos motivos convergentes e divergentes; é só então que, excluindo os motivos divergentes, se devem necessariamente admitir os motivos convergentes, e a prova de probabilidade resolve-se, pela acumulação das outras provas, em prova absoluta de certeza.

Em conclusão, portanto, as provas de probabilidade, conquanto não possam servir de base a uma sentença condenatória, não são contudo banidas do juízo penal. Mas, atendendo a que o estudo das provas em crítica criminal tem em vista estabelecer se elas são capazes, ou não, de produzir a certeza do delito, por isso que é esta certeza que serve de base à condenação, como a falta de certeza serve de base à absolvição; tomando isto em conta, segue-se que o estudo, o próprio estudo das provas de probabilidade em juízo penal, só tem importância quando as revela capazes ou incapazes de produzir a certeza, capazes no seu conjunto, incapazes individualmente. E por isso, voltando ao que dizíamos, fica sempre como verdadeiro que, sendo o objecto principal da crítica criminal indagar a forma como a prova nasce, ou não nasce, a certeza do delito, o seu objecto principal é o estudo das provas de certeza.

Pôsto isto, podem os considerar a prova referindo-nos principalmente à *certeza*, que é a única base legítima da condenação judicial; e considerando-a assim, a prova é a relação concreta entre a verdade objectiva e a sua certeza subjectiva. E como a certeza encontra a sua perfeição na convicção racional, que se resolve na consciência da certeza sentida e segura, por isso, em conclusão, pode dizer-se que a prova é a relação particular e concreta entre a verdade e o convencimento racional. É evidente, portanto, que a relação entre o espírito convicto e a verdade se individualiza na prova intermédia.

I Abro aqui um parêntesis. Nós falamos da prova como sendo uma coisa sempre diversa da verdade que procuramos. Como pode ser isso? Não há verdades que se revelam por si mesmas? E da realidade criminoso, que se revela na sua forma imediata ao espírito do julgador, não se fala talvez em crítica criminal, como uma espécie de prova? E pois um êrro da crítica criminal falar-se de *prova*, quando é a própria verdade, sem intermediários, que se apresenta ao espírito que a recolhe? A verdade percebida directamente é, ou não ó, prova? Em crítica criminal, considerando tôdas as vias pelas quais a verdade pode chegar ao espírito, tôdas estas vias compreendem-se no nome genérico das provas, incluindo-se nela também imprópriamente o caso de a própria verdade se apresentar directamente à percepção do juiz. E nós também, no seguimento dêste tratado, entre as outras provas falaremos também daquela espécie de prova que consiste na própria verdade procurada, que se apresenta directamente ao espírito. Mas, para nos justificarmos, a nós e aos outros, é necessário observar que a verdade investigada, que em juízo penal é a do facto criminoso, revelando-se ordinariamente em via imediata e directa sòmente em *parte*: se esta parte, emquanto a si mesma, mais que prova em sentido próprio, é a própria evidência da verdade, é pois, quanto às outras partes da verdade, não percebidas em si mesmas, uma verdadeira prova. E uma parte da verdade investigada que, emquanto se apresenta imediatamente à percepção relativamente a si mesma, serve por vezes para provar as outras partes da verdade que se quer veri-

ficar: eis em que consiste a exacta especialização e a justificação daquela prova directa que nós chamamos *real* relativamente ao sujeito, e *material* quanto à forma. Fica, em todo o caso, estabelecido que scientificamente a evidência não é prova, e no rigor lógico quando se fala da prova, ela considera-se como sendo diversa do facto provado. E, dito isto, sigamos no nosso caminho.

A prova, dissemos nós, é, em conclusão, a relação particular e concreta entre o convencimento e a verdade. Ora visto que a natureza de toda a relação é determinada pela natureza de seus termos, é por isso na consideração dos dois termos daquela relação, que se chama *prova*, é na consideração da verdade objectiva e da convicção subjectiva, que nós encontramos os princípios supremos da prova em geral.

Principiemos pela consideração do termo objectivo da prova: o convencimento.

## I

Ao determinarmos a noção de convencimento judicial, dissemos em primeiro lugar que ele não pode graduar-se como a certeza. Deriva daí que as provas, sem mais nada, ou geram o convencimento, e tem a eficácia e a verdadeira natureza da prova, ou não chegam a produzir o convencimento, e não merecem o nome de provas, não tendo a eficácia, nem a verdadeira natureza persuasiva delas. Deve por isso rejeitar-se, relativamente à certeza, a graduação ilógica da prova em plena e não plena; deve rejeitar-se porque, como a convicção não plena não é convicção, a prova não plena não é por isso prova. Nem a autoridade dos grandes nomes tem valor para abalar a fé na lógica.

As grandes intelectualidades também se deixam arrastar a. defesa de afirmações errôneas; e isto, muitas vezes, por um erro primordial aceito sem ser a benefício de inventário. É a altivez e a nobreza da natureza do homem, mesmo nos seus erros: aceita uma premissa, a razão, nobre privilégio do homem, a razão

arrasta-a as suas conseqüências; é a evolução indefinida dos conhecimentos humanos: evolução progressiva de verdades, se se desenvolve segundo premissas verdadeiras; evolução regressiva de êrros, se se desenvolve segundo premissas falsas. Para falar simplesmente da questão de que nos ocupamos aqui, têrmos admitido que existe uma relação de mais ou de menos entre as várias espécies de certeza, levou lògicamente à conseqüência de ser determinável também um mais e um menos em cada espécie, considerada era si mesma. É a mensurabilidade que torna determinável o mais e o menos; ora cada uma das espécies de certeza não pode ser mensurável entre as outras quando o não seja em si mesma; e portanto concluí a lógica, que a certeza, sendo mensuravel em si mesma, é susceptível da gradação. A graduabilidade da certeza conduz pois, por sua vez, à graduabilidade das provas. Daí as fantásticas determinações de prova plena, semi-plena, semi-plena maior, semi-plena menor; os estranhos fraccionamentos das metades, dos quartos e dos oitavos de prova.

Mas felizmente, podemos poupar-nos à fadiga dêstes trabalhos aritméticos de fracções: a prova não é nem pode ser senão um inteiro. Em matéria de certeza, repetimo-lo, não existe meio têrmo: tem-se a certeza ou não se tem. A lógica não admite fracções de certeza; a *meia certeza* é uma antinomia nos têrmos, perdoável na retórica do vulgo, mas que não deve ter cabimento na linguagem severa da ciência. E como não existem fracções de certeza, fracções de prova não podem existir: ou a prova não chega a produzir no espírito a certeza judicial, e não é prova de certeza de modo algum, ou chega a produzir esta certeza, e é prova *plena* de certeza *relativamente ao objecto provado*.

E atendei a que não foi por acaso que nomeei *o objecto provado*, pois que é sempre e unicamente em relação a êle que deve atender-se à eficácia da prova de dar a certeza: uma prova que chega a dar a certeza de um elemento criminoso, não é julgada na sua eficácia probatória senão relativamente a êsse elemento, e não relativamente aos outros elementos de que se compõe o facto criminoso, aos quais ela se não refere. Êrro vulgar, e não raro, é o de atender à fôrça da prova de produzir a

certeza, relativamente àquilo a que ela não é destinada a provar: não podendo desta forma existir nma prova boa para afirmar tndo o que é provável, não é possível existir prova plena; tôda a prova será incompleta relativamente ao que não prova e qne se desejaria ver provado. É nma aberração bem estranha da lógica querer medir a fôrça de uma prova, levando em conta aquilo a que a prova se não refere. Repitamo-lo, a eficácia da prova de dar a certeza é sempre considerada em relação ao objecto provado.

Mas há uma outra premissa falsa que tem feito acreditar a graduação das provas. Muitos partiram da afirmação, já por nós combatida, de qne a certeza em matéria criminal não é senão probabilidade; e esta confusão entre certeza e probabilidade extraviou-os por isso, naturalmente, no exame dêste objecto.

Dissemos qne, contrariamente à certeza, a probabilidade admite um roais e um menos, se bem que não determináveis por limites bem marcados. Dissemos, com relação a estas ideias, existir o *verosímil* que vem • ser a mínima probabilidade; o *provável* em sentido específico, que é a probabilidade média; e o *probabilissimo* que é a probabilidade máxima. Em ordem a esta graduação das probabilidades, podem as provas dividir-se em provas de verosímil, do provável e do probabilissimo. Ora, que rendo adoptar esta linguagem, que é substancialmente errónia quando dela se usa a propósito da certeza, pode considerar-se como prova *plena* a da maior probabilidade, e chamar-se há por isso, sempre com a mesma linguagem, prova *semi-plena*, a da probabilidade média, e *semi-plena menor* a do verosímil. Esta graduação que já não seria substancialmente ilógica falando-se do provável, terá sempre, porém, aquela indeterminação quo nós demonstramos existir na graduação do provável; e esta indeterminação, natural nesse objecto, será depois aumentada pela inexactidão das palavras, com a adopção da nomenclatura de prova plena e semi-plena; porquanto a prova de probabilidade nunca pode ser verdadeiramente plena.

De tôda a forma, a probabilidade não é certeza, e se falando de probabilidade se pode admitir uma graduação de prova, é ela absolutamente rejeitada quando se fala de certeza.



Relativamente às provas propriamente de probabilidade, podem pois considerar-se graduáveis, mas não deve esquecer-se que elas não podem servir de base a uma afirmação de criminalidade senão quando se apresentam como elementos de uma prova cumulativa de certeza. Segue-se daqui, que quando se fala de uma afirmação de criminalidade supõem-se sempre provas, individual ou cumulativamente, de certeza; e, não existindo provas semi-plenas de certeza, segue-se também que sem prova *plena* nunca se pode, em conclusão, pronunciar uma condenação.

E não se creia que sejam estas questões puramente académicas. As meias provas, que são condenadas em nome da lógica, condena-as a história em nome da justiça. A história diz-nos que, admitindo as fracções de certeza e as fracções da prova da certeza, tôdas estas fracções um belo dia se colocaram complacentemente ao serviço da imbecilidade e da ferocidade humana; e julgava-se legítimo esmagar um acusado sob o peso de fracções de prova, pela imputação de delitos que o pedantismo cruel chamou *privilegiados*. Triste privilégio, na verdade: o privilégio que a estultícia humana concedia à barbaridade; o de punir um inocente, como se fôsse um réu.

Depois de terem esfarrapado a lógica, a ponto de sobressaltarem até a sombra do pobre Aristóteles no outro mundo, eis o estranho epifonema a que chegaram os antigos criminalistas: *in atrocissimis leviores conjecturae sufficiunt, et licet judici jura transgredi*. E não pensavam os pregoeiros desta máxima, que as criminalidades mais atrozes são as menos críveis, devido aos obstáculos maiores que encontram, quer na repugnância natural do homem, quer no temor da pena judicial e no da pena social, que consista na reprovação pública. Não pensavam nisto; e para se verificarem os crimes mais improváveis, julgavam bem contentar-se com as provas menores! <sup>1</sup>

<sup>1</sup> Mário Pagano observa que o argumento da menor credibilidade do delito derivar da sua maior atrocidade, é um sofisma, quando o delito se acha objectivamente verificado. Por esta forma de raciocinar nunca existiria a presunção da inocência, a não ser em face de crimes objectivamente incer-

Nem mesmo os antigos criminalistas pararam aqui: não limitaram unicamente aos delitos atrozes o triunfo da meia certeza e das meias provas. Proclamavam também um outro aforismo, análogo ao primeiro: para os delitos de prova difícil, são suficientes as provas não plenas. E não atendiam, os que afirmavam este outro aforismo, a que os verdadeiros delitos de prova difícil são tais, não só relativamente ao delinqüente, mas também relativamente ao delito objectivamente considerado. Ora, a sociedade só tem o direito de punir quando o delito tenha perturbado a tranquilidade social: a pena deve assegurar aquela tranquilidade, tirando aos perversos a coragem para delinquir, e animando, assim, os bons no gozo pacífico dos seus direitos. Mas a sociedade só se sente legitimamente perturbada na sua tranquilidade com a certeza do delito: e quando um delito, mesmo porque é de prova difícil, não se conseguiu verificar, a sociedade não tem direito de punir. A pena deve reprimir a perturbação que nasce do delito *certo*, atingindo o delinqüente *certo*, e não deve, tomando em conta a perturbação fantástica que pode nascer da *suposição* do delito, atingir um delinqüente *suposto*. Infligir a pena a um delinqüente suposto, é infligi-la a um ino-

toa. Mas isto é um erro. Quando se fala da menor credibilidade do delito, derivando-a da sua maior atrocidade, já se não fala de credibilidade mnor do *facto objectivo* da criminalidade, que poderia ser ineluctavelmente certo; mas fala-se da sua imputação a um cidadão que, normalmente, é considerado não delinqüente. A presunção de inocência refere-se ao sujeito da imputação, e não ao *facto objectivo* da criminalidade, e por isso essa presunção já não inclui a incerteza do delito: mesmo que o crime seja certíssimo objectivamente, o cidadão dêle acusado é defendido pela presunção de inocência, enquanto não fôr vencido pelas provas da sua criminalidade. Ora, sob este ponto de vista, que é o verdadeiro, a presunção de inocência é tanto mais forte, e por isso tanto menos crível a criminalidade, quanto mais atroz é o delito; porquanto se o homem não comete *ordinariamente* crimes, não comete *ordinarissimamente* os crimes atrocíssimos. E por isso, se da atrocidade do delito se devesse deduzir uma diferença nas provas necessárias para o imputar a um homem, dever-se iam exigir maiores provas, em vez de menores, para os crimes mais atrozes.

cente possível; é uma perturbação da consciência social superior à produzida pelo próprio delito.

I Mas a lógica das barbaridades não atendia a tudo isto, e chegava até a deixar-se levar por um ímpeto de cólera, que tomava ares de santa, contra os que combatiam as suas máximas. Com delinquentes da pior espécie, dizia ela, como os autores dos crimes mais atrozes; com delinquentes que jogam com a impunidade, como são os autores de crimes difíceis de provar, não é necessário usar de tantas cautelas: pior para eles, que caíram em semelhantes crimes.

E aqui os pregoeiros de semelhantes teorias perdiam-se logo nos caminhos insidiosos do sofisma. Falavam de delinquentes da pior espécie e de delinquentes que jogam com a impunidade, e falando assim, não reparavam que tomavam como verificado aquilo cuja verificação se discutia; não reparavam que, por essa forma, estando em face de simples arguidos eles os consideravam como réus, *a priori*, antes de qualquer apreciação. Devendo, em outros termos, estabelecer o que seria necessário para a verificação da criminalidade de um acusado, começavam logo por considerá-lo criminoso, perdendo-se, assim, em um impudente círculo vicioso.

E é cobrindo-se com semelhantes sofismas, como com um nobre manto, que a justiça humana tem feito por vezes cair cabeças inocentes, sem pensar, finalmente e sobretudo, que uma só condenação injusta é mais fatal para a tranquilidade humana que dez absolvições não merecidas!

## II

Continuando a determinar a natureza do convencimento judicial], vimos também que ele deve ser *natural* para o juiz e não artificial; isto é, não criado pelo influxo de razões estranhas à verdade.

Ora a naturalidade da convicção leva como consequência imprescindível à naturalidade das provas; naturalidade das provas

que consiste em que a sua voz deve chegar ao ânimo do juiz sem ser alterada por influxo algum estranho à sua natureza. Daí algumas regras relativas às provas.

A) Em primeiro lugar, para que a voz das provas chegue inalterada ao ânimo do juiz, é necessário que as provas se apresentem, tanto quanto possível, de uma maneira *imediate* ao juiz, para que ele possa examiná-las directamente, e não através da névoa das impressões de outras pessoas, ou através das expressões equívocas de outras coisas.

A coisa ou a pessoa que servem de prova, devem, tanto quanto possível, apresentar-se directamente perante os olhos do juiz: é esta a regra da *originalidade* das provas. A prova não original, não sendo propriamente uma prova, mas a prova de uma prova, é fonte menos pura de certeza.

O ser oral a prova não é senão uma aplicação parcial da regra geral da originalidade das provas; não é mais que a perfeição formal da originalidade relativamente à afirmação pessoal, por isso que a manifestação natural e originária do pensamento humano é a palavra articulada. E a palavra articulada é a manifestação natural e originária do pensamento humano, pois que o próprio pensamento tem como forma natural a palavra, como instrumento de reflexão. E da palavra que se serve a reflexão para determinar a ideia que tem em vista; e por isso as ideias vão-se determinando como *palavras pensadas*. A expressão externa, originária e natural, do pensamento humano, é por isso a *palavra articulada*. Mas o ser oral a prova, só por si, não fixa todo o conceito da originalidade da afirmação pessoal; serve simplesmente para excluir aquela espécie de inoriginalidade, que, como depois veremos, é propriamente uma originalidade menos perfeita, e que deriva das formas sucessivas de manifestação do pensamento humano; formas sucessivas que consistem, em geral, na representação da palavra articulada, e em particular, na representação por meio da escrita. A palavra articulada é a representação perfeitamente original do pensamento; a palavra escrita é a representação perfeitamente original da palavra articulada, mas não do pensamento: ora, o ser oral a prova

só por si, não leva à exclusão, dentro de certos limites, desta expressão escrita, enquanto é a expressão não perfeitamente original do pensamento. Pode por isso também com a prova verbal dar-se, por outro modo, a inoriginalidade da afirmação pessoal. Suponhamos que uma testemunha, se bem que verbalmente refere simplesmente o que ouviu de uma primeira, e por isso original, testemunha de vista, e teremos um depoimento oral e inoriginal ao mesmo tempo.

Para que o preceito de ser oral a prova seja a completa aplicação do da originalidade perfeita relativamente à afirmação pessoal, é necessário juntar mais alguma determinação. A originalidade perfeita da afirmação pessoal determina-se toda na *prova oral da testemunha de ciência própria*, isto é, da testemunha que teve a percepção pessoal dos factos que constituem o conteúdo do seu testemunho.

Mas falando de *originalidades* de provas em geral, e em especial da prova oral, não se enuncia de modo algum uma regra absoluta: nem sempre é possível, no encadear das provas, elas apresentarem-se perante o juiz na sua perfeita originalidade; e por isso na enunciação da nossa regra não se afirma senão o seguinte: o *desideratum* da ciência é a originalidade perfeita das provas, e para este fim é necessário atender *aos limites da possibilidade judiciária*. Infelizmente estes limites são muito estreitos, especialmente no que respeita à afirmação de coisas; esta, ordinariamente, não se apresenta senão como conteúdo da afirmação pessoal, e por isso a prova real, original, superior à que é transmitida, só raras vezes se apresenta.

De resto, não é aqui o lugar de entrar em detalhes sobre a originalidade das provas; em outro lugar falaremos dela. Aqui era necessário somente determinar a regra da *originalidade* das provas, e notar como ela e a consequente natureza verbal são uma dedução derivada da natureza do convencimento.

B) Para que a voz das provas actue com a sua eficácia natural sobre o ânimo do juiz, é necessário que este não seja violentado na sua consciência, nem mesmo por aquilo que chamamos, a propósito de convicção, influxo legal.

A lei não deve colocar-se acima da eficácia das provas, e dizer ao magistrado: a tua convicção estará vinculada a estas determinadas provas. Já rejeitamos as *provas legais* sob o ponto de vista superior e mais geral da certeza, considerada quanto ao seu sujeito; e poderemos, sem mais, passar adiante. Mas é conveniente dizer aqui mais algumas palavras, para maior clareza e integridade de exposição.

Combatendo a certeza e consequentemente a prova legal, não há já quem pretenda negar à lei toda a possibilidade de preceitos quanto à produção das provas. Temos combatido unicamente a lei que, não se contentando com prescrever *fórmulas* para a produção das provas, se deixa levar à prévia avaliação da sua substância, e demonstramos, segundo nos parece, com clareza de razões quão ilógica é em si esta avaliação prévia da substância das provas, e origem de erros judiciários nas suas conseqüências. A convicção é o resultado de uma multidão de motivos que se não podem predeterminar, e funda-se sobre uma série indefinida e impossível de prever de pequenas circunstâncias. Mesmo quando o legislador, por meio de um longo e paciente trabalho de análise, quisesse pôr de lado todas as variedades possíveis nas contingências das provas; depois de ter feito um código com milhares de artigos, encontrar-se ia necessariamente sem ter previsto tudo: teria somente, com certeza, multiplicado por milhares os vínculos postos à consciência do juiz, para a qual cada um destes artigos poderia, em dadas circunstâncias, não ser senão uma porta fechada em frente da verdade.

Nem mesmo é necessário opôr às provas livres o argumento do arbítrio judicial que opõem os defensores das provas legais. Em primeiro lugar, as provas legais não fazem mais do que substituir o arbítrio da lei ao do juiz; e depois, este arbítrio possível do juiz encontra o seu correctivo naquela *sociabilidade* da convicção, de que anteriormente falamos; sociabilidade que é garantida pela fundamentação das decisões, e pela *publicidade* do juízo, como dissemos. A primeira destas garantias, os fundamentos, torna possível a fiscalização da sociedade por meio de um juízo *sucessivo* ao proferir da decisão; a segunda, a publici-

dade, torna possível a fiscalização da sociedade por meio de um juízo *contemporâneo* da decisão. E se com tudo isto nem sempre se chega a evitar os êrros, isso é devido à imperfeição humana e não à falta de provas legais, que não faziam assim senão multiplicar os êrros, tornando-os fatais, porque obrigariam a cometê-los, mesmo quando reconhecidos como tais.

Combatendo as provas legais, repetimos, não se quer dizer que a lei não possa emitir preceito algum em matéria de provas.

A lei pode, em primeiro lugar, emitir preceitos obrigatórios, taxativos, relativamente às provas que são sempre e absolutamente excluídas por razões superiores às eventualidades da sua concretização particular. Não é, assim, ilógico dizer a lei que não é admitido como testemunha o pai, nem quem tenha conhecimento dos factos por confiança inerente ao seu estado, à sua profissão, ou ao seu ofício: existe um princípio *superior à eventualidade dos singulares e concretos depoimentos daquela espécie*, existe um princípio superior que se opõe à sua produção. Não há nisto a falta de lógica das provas legais.

A lei pode também prescrever preceitos taxativos quanto à *forma* das provas, preestabelecendo, para a sua produção, condições formais.

Nem mesmo seria ilógico, por si mesmo, que a lei, mesmo quanto à própria eficácia substancial das provas, prescrevesse regras com valor de conselhos, regras que se não devam seguir quando as particularidades do facto individual, não susceptíveis de serem previstas pela lei, a isso se opozessem.

A investigação e a conveniência das regras obrigatórias sobre a forma, como das regras facultativas sobre a substância das provas, são, por isso, objecto de investigações da arte judiciária.

Não há em tudo isto a falta radical de lógica do que é a organização das provas legais. É querer dar *a priori*, necessariamente, um dado valor às provas concretas, querer determinar *a priori* o vário peso que devem ter as *suspeitas* inerentes às provas particulares, e o vário influxo que estas devem ter sobre a decisão do magistrado; é tudo isto, que constitui a soberba Taidade das provas legais contra que se combate.



E se do campo da prova criminal se rejeitam as provas legais, com maioria de razões devem rejeitar-se as provas autênticas, que não são mais do que provas legais privilegiadas.

Na organização das provas legais, não se dá um valor determinado às provas, se não na hipótese de elas não terem sido paralisadas e destruídas por provas em contrário: ao conteúdo das provas legais é sempre lícito por isso contrapor outras provas. Mas ao conteúdo dos actos autênticos não é permitido contrapor outras provas; não pode combater-se aquele conteúdo senão tomando o caminho longo, difícil e nem sempre possível, da arguição de falsidade. Podeis ter na mão mil provas para demonstrar que o conteúdo de um acto autêntico não é verdadeiro; e de nada isso valerá, se não conseguis provar igualmente a falsidade do acto. Não há quem não veja o absurdo do acto autêntico, como prova em matéria criminal; mas desta exportação do direito civil, e do valor determinado que a lógica lhes atribui em direito penal, ocupar-nos hemos em particular, falando da força probatória do documento.

Mas há ainda uma prova legal mais privilegiada que o próprio acto autêntico: é a presunção *juris et de jure*. Contra o conteúdo das provas legais em geral, pode sempre fazer-se prova; contra o conteúdo das provas legais privilegiadas, que são os actos autênticos, não é lícito provar senão por meio da arguição de falsidade; contra a presunção *juris et de jure*, prova indirecta e privilegiada na mais elevada potência, não é lícito provar de modo algum, sendo ela inatacável *na sua substância de prova indirecta*: é precisamente a máscara do silêncio sobre a face da verdade. Basta simplesmente enunciar, em crítica criminal, a natureza da presunção *juris et de jure*, para ser rejeitada; mas ela por vezes, importada das teorias civis, introduz-se clandestinamente na prova penal. Sob este aspecto, ocupar-nos hemos dela em particular, a propósito de provas indirectas.

Quanto ao estado da nossa legislação, não se admitem provas propriamente legais. Mas, dissemo-lo há pouco, às vezes as provas legais condenadas genericamente, introduzem-se em especial, escondendo-se artificialmente em disposições que não res-



peitam às provas: muitas vezes encontra-se uma presunção *juris et de jure* insidiosamente anichada em um artigo hipócrita do código das penas. Assim as penas especiais para alguns actos, quando proveem de pessoas que foram declaradas *suspeitas*, actos que, quer sejam indiferentes quer preparatórios, nunca são puníveis para a generalidade dos cidadãos; aquelas penas especiais, dizia, ao mesmo tempo que se explicam e se justificam com a ideia de punir aqueles determinados actos, em si mesmos, como crimes *mi generis*, que põem a sociedade em sôbressalto pela condição pessoal do autor que se qualifica de suspeito; aquelas mesmas penas, repito, por pouco que se considere a altura desproporcionada a que as elevaram alguns códigos, deixaram transparecer claramente como é que, na redacção dos respectivos artigos, possa ter tido fôrça sôbre o ânimo do legislador uma presunção *juris et de jure* de um crime cometido, ou ao menos de uma intenção punível, presunção *juris et de jure* aceita pelo legislador, e imposta ao ânimo do juiz.

Antes de passar adiante, é necessário mencionar aqui um problema relativo à influência da lei sôbre as provas. Ao combatermos as provas pròpriamente legais, reconhecemos como legítima a acção da lei, tanto para excluir precisamente algumas provas por princípios superiores às eventualidades da sua particular concretização, como para prescresver as fórmulas protectoras da verdade. Ora, quando a lei impõe restrições à produção das provas, quando impõe fórmulas legais para a sua manifestação, qual será a fôrça obrigatória da lei vigente, relativamente ao tempo e ao espaço? isto é, relativamente às normas da lei *anterior* e da lei *estrangeira*, sob cujo regimen teve, em hipótese, lugar o crime?

Quaisquer que sejam as normas que a lei julgue impôr em matéria de prova, elas só podem tender à garantia da correcta formação do convencimento: a convicção presume-se garantida na sua legitimidade pelas normas que a lei vigente impõe, ao tempo e no lugar do julgamento. É sempre por isso a lei do lugar e do tempo em que se julga, que deve imperar, quanto às provas, em matéria penal. Em matéria penal é a verdade objectiva

que se procura, acima de tudo; e a convicção da verdade não deve presumir-se garantida dos enganos, senão pela lei em vigor quando e onde se julga.

Voltando ao nosso ponto de partida e concluindo, não devem impôr-se vínculos à convicção do juiz. A eficácia da prova é determinada pelas suas forças naturais e individuais: cada prova concreta deve poder provar mais ou menos, segundo as suas forças naturais, não modificáveis pela lei; e não deve existir prova contra cujo conteúdo se não possa insurgir válidamente uma outra prova. Tudo isto constitui o que chamarei *liberdade objectiva* da prova: será a segunda regra derivada da naturalidade do convencimento.

o) Mas para a *naturalidade* do convencimento não basta a *originalidade*, isto é, que a prova seja percebida directamente; não basta a *liberdade objectiva*, isto é, que a prova não tenha limitação preestabelecida de valor quanto ao objecto provado; é necessário além disso, que se respeitem as condições genuínas da existência, como prova, do sujeito que prova; isto é, ó necessário a *liberdade subjectiva* das provas.

Esta liberdade subjectiva das provas pode ser violada, quer alterando-se materialmente a *coisa* que faz a prova, quer alterando-se moralmente a *pessoa* que faz a prova: e digo moralmente nesta segunda hipótese, não quanto à *natureza do meio* em que se opera, que pode ser também material, mas quanto ao *sujeito probatório* sobre que se opera, que é sempre moral, supondo-se que o meio actua sobre o sujeito da afirmação pessoal; pois que o sujeito da afirmação, como revelação, consciente da pessoa, não é propriamente a pessoa física, mas a pessoa moral; a pessoa física, em rigor, não é senão o instrumento de que a pessoa moral se serve para exteriorizar a sua afirmação.

Não falaremos da primeira espécie de violação da liberdade subjectiva das provas, que consiste na alteração material da *coisa* que faz a prova, porque isso constitui diversos crimes, segundo os casos e não nos compete falar de crimes. Por isso, quando a alteração da coisa que faz a prova tem em vista inculpar alguém, tem-se a *calúnia real*; quando a alteração tem em vista fazer crêr em um crime sem intenção de o atribuir a alguém, tem-se

a *simulação* do crime; quando a alteração é destinada a iludir a justiça, desculpando o arguido, tem-se o crime de *favoritismo*; e assim por diante.

Quanto à outra espécie de violação da liberdade subjectiva das provas, outra espécie que consiste na alteração introduzida no ânimo da pessoa que afirma, não nos compete ocupar-nos dela relativamente à forma criminosa que pode assumir, tanto com a ameaça como com o suborno.

Compete-nos sòmente ocupar-nos daquela acção sòbre o espírito do que afirma, que, envolvendo-se na hipócrita capa de amor pela verdade e zelo pela justiça, o leva a dizer diversamente do que teria dito, e a produzir, assim, uma afirmação não conforme às condições espontâneas e genuínas do sen espírito.

Esta forma de violação da liberdade subjectiva das provas, só pode exercer a sua influência maléfica da parte do magistrado que interroga, que, procedendo assim, não só se furta ao Código Penal, mas mais ainda, procedendo assim, encontrou por vezes legitimação nos códigos do processo, e quási sempre incitamento na prática judiciária: já o compreenderam, falemos da sugestão.

Para considerar exactamente esta sugestão, é necessário principiar por observar que nem tòda a sugestão se apresenta como uma violação da liberdade subjectiva do têtemunho, e como um meio destinado a fazer desviar da verdade: nem tòda a sugestão é ilícita. Por pouca prática que se tenha da matéria judiciária, sabe-se que muitas vezes a têtemunha, não percebendo a razão do inquérito, divaga em detalhes inúteis para o julgamento, desprezando os factos que interessam. Ora, em tal caso, chamar a têtemunha ao assunto útil para o exame, sugerindo-lhe aquilo sòbre que deve depôr, não é por certo prejudicar a verdade; é, ao contrário, dirigir o espírito da têtemunha à revelação da verdade que se procura. Sabe-se também que muitas vezes a têtemunha, por uma fraqueza natural de memória, ou por perturbação, não está em condições de expôr a verdade; e que, no entanto, bastaria a recordação de uma data, de uma circunstância, de um facto, para a colocar novamente no caminho das recordações da verdade. Ora, em tais casos, sugerir-lhe esta data,

esta circunstância, êste facto, já não é uma violação da sua liberdade subjectiva, já não é prejudicar a verdade; é, ao contrário, colocar o espírito da testemunha em condições de prestar serviço à verdade. Há pois uma sugestão que não é contrária aos fins da justiça, uma sugestão *licita*, que é determinada pelo duplo fim do auxílio da memória e do auxílio da inteligência da testemunha, uma sugestão lícita que, dirigindo-se a despertar as recordações adormecidas, ou a afastar divagações inúteis, serve para o triunfo da verdade. Mas para que a sugestão tendente a êstes dois fins sirva ao triunfo da verdade, é necessário que se apresente quer com a forma realmente e *substancialmente dubitativa*, quer com a forma *afirmativa directa e explícita*.

A sugestão ilícita auxilia sem mostrar auxiliar: nisto está principalmente a sua natureza insidiosa. É bom que se saiba se a testemunha fêz uma afirmação por iniciativa sua e por sua lembrança espontânea, ou se por um incitamento, que a chamou ao assunto, ou lhe despertou as recordações adormecidas; é bom saber-se tudo isto, para o levar em devida conta. E para êsse fim, é bom, como veremos, que nas inquirições escritas as respostas da testemunha sejam precedidas das perguntas formais do magistrado que intêrroga.

Isto emquanto à sugestão *licita*.

Mas ordinariamente a sugestão apresenta-se como uma violação da liberdade subjectiva da testemunha, e é por isso *ilícita*. A sugestão ilícita pode ser de três espécies: violenta, fraudulenta e culposa. A sugestão violenta sugere as respostas por meio do temor, a fraudulenta por meio do engano originado pelo dolo do intêrrogante, a culposa por meio do êrro originado pela negligência do intêrrogante.

Na primeira espécie, no caso de sugestão violenta, o intêrr  
gado é arrastado a responder de um dado modo porque teme: é a violência que lhe sugere a resposta, a violência nas suas várias formas, a começar pela tortura da idade média, e a acabar pela carranca feroz e pela voz grossa de alguns dos instrutores dos nossos dias. Em face da tortura, o intêrrogado era acometido pelo têrror do sofrimento físico, pelo têrror de uma pena corpo-

ral e directa, em que incorria, não satisfazendo ao inquisidor. Em presença da ameaça implícita do instrutor, o interrogado é acometido pelo temor de uma pena, ou de um aumento de pena, indirecta e aflitiva, que, comquanto não ofenda o corpo, produz uma dor moral, restringindo a liberdade: o acusado receia ver aumentar os rigores do cárcere preventivo, anterior ao julgamento, ou do posterior ao julgamento, por não ter contentado os interrogantes; a testemunha teme a possibilidade de um processo e a possibilidade de uma pena por falso testemunho, não se submetendo aos seus desejos.

Na segunda espécie de sugestão, no caso de sugestão fraudulenta, por meio de um artificioso rodeio de palavras, ou com uma artificiosa apresentação de coisas, o juiz produz no espírito do interrogado uma determinada convicção, para obter daí uma resposta análoga; ou então, por meio do equívoco, arrasta-o a uma resposta, dada num sentido, e tomada e registada em outro.

Nestas duas primeiras espécies de sugestão ilícita, o juiz não faz mais do que tomar o lugar dos delinquentes, a quem rouba as armas: a violência e a fraude.

Mas a pergunta sugestiva enganadora pode derivar também, além do dolo, da negligência do inquiridor: tem-se assim a terceira espécie de sugestão: a sugestão culposa. Sob o ponto de vista de quem interroga, as perguntas sugestivas dolosas podem chamar-se propriamente *insidiosas*, como as perguntas culposas podem chamar-se simplesmente *capciosas*; mas sob o ponto de vista do interrogado as perguntas insidiosas não se distinguem das simplesmente capciosas, produzindo idêntico efeito. O juiz incluindo na sua pergunta uma dada resposta, quer o faça por imperícia, quer por dolo, prejudica do mesmo modo a causa da verdade: relativamente ao espírito do interrogado, a resposta é sempre igualmente inspirada pelo interrogante; e a imperícia dêste, produz o mesmo efeito do dolo, prejudicando igualmente à verdade.

Nós consideramos em geral a sugestão, como violação da liberdade sugestiva do interrogado; mas a sugestão é contrária à verdade mesmo quando pode prestar eventualmente ao inter-

rogado armas para mentir, dando-lhe um conhecimento dos factos que podem facilitar e tornar mais verosímeis as suas mentiras. Sob êste aspecto, ainda mais perigosa é a sugestão culposa.

E basta quanto a sugestão.

Concluindo, a terceira regra proveniente da naturalidade -da convicção é consequentemente a *liberdade subjectiva* das provas,

### III

Falando da convicção judicial, determinamos uma outra condição natural dela na *sociabilidade*. Isto é, a convicção não deve ser a expressão de uma condição subjectiva do juiz: deve ser tal, que os factos e as provas submetidas à soa apreciação, se se submetessem à apreciação desinteressada de qualquer outro cidadão razoável, devessem produzir também nêste aquela certeza que produziram no juiz. É isto que chamamos *sociabilidade* do convencimento.

Mas esta sociabilidade que encontra a sua origem unificadora na razão humana, em que assenta a harmonia espiritual dos homens, esta sociabilidade resolver-se ia em uma mera aspiração de um pensador solitário, se não tivesse uma concretização exterior e judiciária.

Para que a conformidade entre a convicção do juiz e a hipotética apreciação social não se reduza a uma estéril aspiração, é necessário que as provas se apresentem à apreciação do juiz] de uma forma que torne possível a apreciação contemporânea do público. E eis a outra regra das provas: a sua *publicidade*.

E na publicidade que assenta o preservativo e correctivo do arbítrio judiciário, mais do que mesmo no fundamento das decisões, de que falamos a propósito da convicção. O fundamentar, dissemos, torna possível a fiscalização da sociedade por meio da apreciação *sucessiva* ao proferir da decisão. Mas mesmo admitindo que o sistema processual dê a maior notoriedade à decisão do magistrado, no entanto êste juízo sucessivo, que se torna possível pelos fundamentos, é uma apreciação indirecta; não

tem como matéria de observação senão as impressões e os motivos correspondentes do juiz. E sabe-se que a cultura superior e a flexibilidade do engenho de um homem, como o magistrado, habituado à contínua ginástica intelectual, tornam possível, narrando factos e provas, dar, a uns e a outros, uma natureza e um valor que não corresponde à sua realidade. Os fundamentos servem principalmente para a fiscalização por parte da magistratura superior, na hipótese de vários graus de jurisdição.

O que coloca a sociedade à altura de julgar eficaz, directa e contemporaneamente ao magistrado, é a publicidade do julgamento. Pelas portas abertas da sala da audiência, juntamente com o público, entra muitas vezes a verdade e a justiça. Entre aquelas mil cabeças sem nome, da multidão que se espalha pelas salas da justiça, entre aquelas mil cabeças, o juiz temerá sempre a superioridade de um observador mais atento e de uma inteligência mais perspicaz, pronta a observar e a julgar melhor que ele não observe e julgue; entre aquelas mil cabeças sem nome o juiz temerá sempre uma consciência mais serena e lucidamente justa que a sua, pela qual ele, juiz, poderá por sua vez ser julgado e condenado. E ele, juiz, sob a influência salutar deste receio, pôr-se há em guarda contra as suas possíveis prevenções, defender-se há das suas próprias fraquezas, será circumspecto no cumprimento dos seus deveres, e só procurará ter em pista a verdade e a justiça. Isto quanto ao juiz.

À testemunha, por sua vez, na solenidade pública de uma sala de audiência, exposta à observação indagadora do público, pensará, por um lado, que naquele público pode achar-se quem conheça os factos melhor que ele; e temerá, por outro, a reprovação social, caso não desempenhe bem a sua obrigação moral e jurídica: mais fortemente lhe falará no ânimo a voz do dever e o zelo pela verdade.

Quanto ao acusado, também para ele o influxo da publicidade é todo em vantagem da verdade e da justiça. Há no homem um sentimento misterioso e inexplicável, que lhe faz crêr que a sua consciência não está bastante encoberta aos olhos investigadores da sociedade; e neste sentido misterioso e divino

assenta a eficácia daquela sanção social, que torna o homem hesitante no mal e firme no bem. E este sentir misterioso e divino falará mais que nunca ao ânimo daquele que é alvo de uma acusação. O inocente fortalecer-se há com a presença do público; julgará sentir que lhe vem da multidão um sôpro fortificante de simpatia. Quem sabe o que seria das suas fôrças de ânimo, se se achasse só na presença do seu juiz ? Ao culpado, ao contrário, só lhe parecerá poder esperar da multidão um sôpro de reprovação. Quer inocente, quer culpado, a publicidade do julgamento e das provas não servirá conseguintemente, senão para o triunfo da verdade.

Não há senão a injustiça que tenha necessidade da couraça temível do segredo; a justiça, ao contrário, tranqüila e segura, não tem razão de temer o olhar de pessoa alguma: deita por terra todos os escudos e todos os véus, e mostra-se no seu olímpico esplendor *coram populo*. Não deve esquecer-se que o benefício social da justiça intrínseca seria perdido, se ela extrinsecamente não se mostrasse qual é, serêna e inexorável. Para que pois a justiça, além de o ser, apareça como tal, é necessário abrir as portas ao público; este aprenderá a respeitá-la.

Até aqui examinamos as regras respeitantes à prova derivada da natureza do *convencimento*. E procedendo assim, não atendemos senão à influência, sobre a natureza das provas, de um dos termos daquela relação em que assenta a essência da própria prova: a influência do termo subjectivo.

Passemos agora a examinar a influência do outro termo que assenta na *verdade objectiva*.

#### IV

Qual é a verdade que se procura em matéria penal ?

É, já o dissemos, a verdade objectiva, por isso que é essa unicamente, que entrando, por meio da prova, em relação com o espírito do julgador, pode gerar legitimamente, nêle, a convicção racional da criminalidade. Ao chamarmos objectiva esta verdade,



já com isso determinamos a sua natureza: não se trata de uma verdade formal, qual a que resulta do estado das provas, quer sejam suficientes, quer insuficientes, mas de uma verdade substancial, extra subjectiva, a cuja *verificação* se chega por meio de provas suficientes. Para nós que puzemos de lado, na primeira parte dêste livro, a confusão que os críticos fazem frequentemente entre a certeza e probabilidade, para nós que partimos da premissa de que se não pode condenar enquanto se não está certo da criminalidade, para nós, em matéria criminal, não é possível o equívoco: quando se fala de verdade do delito, trata-se sempre daquela verdade que se apresenta ao espírito como uma realidade certa e indubitável, não da que se apresenta como provável, mesmo que seja cora a máxima probabilidade, e por isso como susceptível de dúvida.

Da natureza da verdade, que é necessária em matéria penal para se poder proferir uma condenação, derivam outras regras respeitantes à natureza das provas.

A) Em primeiro lugar, se a verdade formal não basta para servir de base a uma condenação penal, mas é necessário a verdade substancial], é necessário sempre portanto em matéria penal procurar as melhores provas, porque são as que melhor podem fazer chegar à conquista da verdade substancial: é necessário não nos contentarmos com as provas que nos fornecem, se não quando elas são as melhores que possam obter-se concretamente, e quando a lógica das coisas não leva a crêr que devam existir melhores provas ainda.

E esta uma regra fecundíssima de aplicações em crítica criminal; e no seguimento do nosso trabalho poderemos apreciar melhor a sua importância, a propósito de alguma questão probatória.

Dêste princípio, segundo o qual a prova, produzida para nela se apoiar a convicção, deve ser a melhor que possa haver em concreto, resulta a consequência de que é necessário não nos contentarmos com as provas inoriginais, quando possamos obter as originais; não deve recorrer-se às testemunhas de ouvir dizer, quando se pode obter a declaração original das testemunhas do

sciência própria: é necessário exigir as provas *subjectivamente* melhores.

Do mesmo princípio deriva a consequência de que é necessário não nos contentarmos com provas indirectas quando é possível obter provas directas; é necessário não nos contentarmos com os depoimentos de quem viu o acusado a fugir com um punhal na mão, quando há quem se achava presente ao consumir-se o crime, e pode depôr a respeito dele: devem exigir-se as provas *objectivamente* melhores.

Sempre devido ao mesmo princípio é necessário não nos contentarmos com as formas de prova menos perfeitas, quando podem obter-se formas mais perfeitas; é necessário não nos contentarmos com o depoimento escrito, quando pode logicamente obter-se a prova oral: devem exigir-se as provas *formalmente* melhores.

Este princípio, de que o convencimento deve apoiar-se nas melhores provas que podem obter-se, é, repetimo-lo, de uma grandíssima importância e de uma múltipla aplicação. E a enunciação deste princípio é tanto mais importante, se se considerar que nenhum tratadista, que eu saiba, procurou colocá-lo em relevo; e se se considerar também que a prática judiciária o desprezará freqüentemente. Quantas sentenças há que por desprezo de provas são uma violação flagrante desta regra de crítica judiciária!

B) Pela própria natureza da verdade ocorrente em matéria criminal, não bastando a probabilidade, mas sendo necessária a certeza para poder infligir-se a condenação, segue-se que não é lícito deduzir convicção alguma de criminalidade do estado das provas, se elas não são suficientes para reflectir no espírito a verdade substancial. Não é isto o que sucede em matéria civil onde se vai em busca daquela verdade formal que deriva do estado das provas, sejam ou não suficientes. Deriva de tudo isto que em matéria de prova é necessário ser mais exigente em matéria penal que em matéria civil; e que por isso o campo das provas penais é mais restrito que o das provas civis.

Mas porque é que, enquanto em matéria criminal se pro-

cura a verdade substancial, em matéria civil nos contentamos com a simples verdade formal ? E pela diversa natureza dos direitos em questão. É bom vê-lo com um pouco de análise:

1.º Em matéria civil entrara em questão direitos alienáveis; conseqüentemente, é lógico, em geral, admitir renúncias de direitos e aceitação de obrigações, toda a vez que não vão de encontro aos princípios, sempre superiores, da ordem pública. Em matéria penal, ao contrário, trata-se de direitos inalienáveis.

Explica-se por isso em matéria civil a admissão de transações, de juramentos decisórios, e de perenções de prova; explica-se por isso em matéria civil a inexorabilidade da contumácia e do silêncio da parte: coisas que todas elas seriam o triunfo do absurdo em matéria penal.

2.º Pela mesma alienabilidade dos direitos em questão em matéria civil, segue-se que quando as partes se apresentam em juízo, cada uma se sujeita a ver aceita ou rejeitada a própria alegação. Na apresentação de uma falsa alegação civil, inclui-se uma renúncia especial: o que produz uma alegação que não é verdadeira, mostra ter renunciado à alegação verdadeira que eventualmente lhe pudesse respeitar. O juiz, pois, nada mais tem a fazer do que pronunciar-se entre as duas alegações opostas de facto. E ainda que o juiz se convencesse de que nem uma nem outra corresponde à verdade objectiva, mesmo quando a parte a ela tenha implicitamente renunciado, deve ele contudo pronunciar-se necessariamente pela alegação que lhe pareça menos infundada, se bem que não corresponda à verdade objectiva.

Em matéria penal, ao contrário, mesmo que a acusação se apresente mais bem fundada por um lado, e que do outro se apresente manifestamente falso o método de defesa adoptado pelo arguido, é, porém, sempre à verdade objectiva da criminalidade dêste, que se deve atender; e por isso se não se obtém essa verdade, embora resulte ser falsa a afirmação da defesa do arguido, e se torna mais fundada a acusação, será sempre necessário absolver.

3.º Os direitos privados não podem ficar em suspenso entre os contendores, sem que se perturbe toda a tranquilidade na

convivência social. O magistrado civil é obrigado por isso a atribuir os direitos a um dos contendores. Mas devido à própria natureza dos direitos privados, não pode pronunciar-se a favor de uma das partes, sem se pronunciar contra a outra, por isso, qualquer que seja a convicção a que se chegou *per allegata et probata*, é necessário condenar uma parte para dar o direito à outra, e emitir assim uma sentença qualquer. A necessidade pois de se pronunciar, resolvendo-se na necessidade de condenar alguém pronunciando-se, obriga na condenação civil a contentar-se com uma certeza fictícia, correspondente a uma verdade mais convencional, que real.

Em matéria penal, porém, comquanto em face do argüido esteja a sociedade como contendente, a decisão a favor do acusado não é contra a sociedade; ao contrário é em seu favor, pois que é de interesse social que não se condene senão o delinqüente indubitavelmente verificado tal. O juiz não é por isso colocado na alternativa de condenar alguém para absolver o acusado, ou de condenar o acusado para salvar os direitos de outrem; e aqui, não levamos em conta os interesses civis do que se diz ofendido, porquanto estes interesses são *accessórios* no julgamento penal, e ele poderia ainda fazê-los valer no juízo civil, quando se lhe feche o caminho no próprio juízo penal.

No julgamento penal, pois, deve pronunciar-se sempre a absolvição enquanto se não alcança a certeza substancial da criminalidade; é somente neste caso que a sentença a favor do acusado seria em prejuízo da sociedade.

4.º Em matéria civil, trata-se de direitos particulares e determinados que entram em questão: cada um pode, por isso, prevenir-se contra as agressões possíveis aos próprios direitos. Quem não se previne com provas, é um descuidado, e peor para ele: *jus civile vigilantibus scriptum est*. Não se tendo munido de provas a verdade real do próprio direito, fica-se por isso obrigado a ver triunfar a verdade formal contrária, resultante das provas produzidas.

Em matéria penal, ao contrário, em primeiro lugar a inocência é um facto negativo e indeterminado, que não pode rodear-se

de provas contínuas; e por isso, mesmo que existisse o máximo descuido em provar a própria inocência, o acusado inocente deve ser sempre absolvido, porquanto a absolvição do inocente é de primária ordem pública. Não pode existir condenação penal pelo descuido que houver nas provas da inocência: sempre e sempre, a condenação penal não pode atingir senão a criminalidade verificada como verdade real.

E basta quanto à diferença entre o sistema probatório penal e o civil.

Eis aqui, pois, mais dois cânones probatórios, derivados da consideração da verdade substancial, como fim objectivo da prova em matéria criminal.

Consequentemente, recapitulando, tanto para a consideração do termo subjectivo como do termo objectivo daquela relação em que assenta a essência das provas, existem as seguintes regras gerais de crítica judiciária:

- 1.º Ingradnabilidade das provas da certeza.
- 2.º Originalidade e produção oral da prova.
- 3.º Liberdade objectiva das provas.
- 4.º Liberdade subjectiva das provas.
- 5.º Publicidade.
- 6.º Produção da melhor prova.

7.º Em matéria penal, as provas devem ser tais que revelem a verdade substancial, não bastando a verdade formal como em matéria civil.

As primeiras cinco regras derivam da consideração do convencimento, isto é, do termo subjectivo da relação em que assenta a eficácia das provas; as duas últimas, da consideração da verdade, isto é, do termo objectivo da relação probatória.

E da consideração do mesmo termo objectivo, deriva também uma observação importante para a metodologia da lógica judiciária. Deriva daí que, quanto à essência das provas, não tem importância a diferença dos sistemas processuais: em qualquer sistema, seja acusatório, inquisitório ou mixto, é sempre à verdade substancial que deve atender-se. Não compete por isso ocupar-nos das variedades processuais: a lógica criminal terá sempre

os mesmos e imutáveis preceitos, 6 à arte criminal que compete muitas vezes variar os seus.

Mas é necessário no entanto observar também que, se debaixo do ponto de vista da razão é indiferente à essência das provas o sistema processual, porquanto todos os sistemas processuais, considerados nos seus princípios lógicos fundamentais, devem tender para a verdade substancial, contudo, sob o ponto de vista 8o facto, os diversos sistemas processuais, considerados nos seus princípios práticos e fundamentais, determinadores da sua natureza específica, dão uma orientação diversa à investigação da verdade.

O ponto de partida para chegar à verdade é sempre a imparcialidade da investigação, por um lado, e a igualmente livre produção das provas, por outro, tanto por parte da defesa como da acusação. Mas esta imparcialidade da investigação, e esta livre produção das provas, não são igualmente garantidas pelos diversos sistemas. O sistema *acusatório* que, tendo por origem histórica a luta judiciária do particular contra o particular, inspira-se na paridade dos direitos entre acusador e acusado, é mais conforme à investigação imparcial da verdade. O sistema inquisitório que, tendo por origem histórica a luta judiciária do Estado ou da autoridade teocrática contra o particular, inspira-se, ao contrário, na superioridade da acusação sobre a defesa, é pouco escrupuloso quanto à investigação da verdade favorável ao acusado. O sistema *minto*, que tem um primeiro período inquisitório e um segundo acusatório, apresenta-se na primeira *fase* pouco propício ao triunfo da verdade favorável ao acusado, ao passo que na segunda apresenta-se, ao contrário, igualmente propício, em geral, ao triunfo da verdade objectiva, quer desfavorável quer favorável ao acusado.

O sistema mixto é o sistema processual que prevalece; e este sistema, se bem que comece por uma fase inquisitória para acabar por uma acusatória, deve sempre e de todo o modo, é necessário não o esquecer, inspirar-se na investigação imparcial da verdade, tanto na primeira como na segunda fase, se quere. ser digno de povos civilizados, atendendo à verdade substancial, que é o *desideratum* lógico do julgamento criminal.

É necessário, finalmente, observar que as regras probatórias precedentemente expostas se referem, em geral e principalmente, às provas enquanto são apresentadas no julgamento público, porquanto é sobre o estado das provas nos debates públicos que deve basear-se a convicção judicial da criminalidade, para poder legitimamente infligir a condenação. Mas as provas têm também a sua produção em um estágio processual diverso do dos debates públicos, como seria no estágio inquisitório, que inicia o sistema que se denomina mixto. Ora, num tal estágio, as regras probatórias expostas por nós têm também o seu valor *quando se tem em vista preparar as provas para o julgamento público*, aproximando-se o mais possível da certeza: por isso, sob este aspecto, mesmo neste estágio, procuram-se de preferência as provas originais, e em geral, as melhores provas; também neste estágio, as provas devem ser apreciadas segundo o que valem naturalmente; também neste estágio, se deve respeitar a sua liberdade subjectiva; também neste estágio, se terá em vista sobretudo a descoberta da verdade objectiva em geral. Emquanto, pois, as provas se produzem no período preparatório em *serviço da instrução*, a aplicação das regras probatórias revela-se em duas limitações: na *natureza* particular deste período, e no *fim* a que ele se dirige. Sob o ponto de vista da natureza particular do período instrutório, é necessário observar que a arte criminal pode aconselhar fórmulas incompatíveis com algumas das regras probatórias, como é o caso do segredo instrutório, que se opõe à publicidade das provas. Sob o ponto de vista do fim a que se dirige o período instrutório, é necessário não esquecer que a instrução não atende & *certeza* da criminalidade, bastando-lhe a simples *probabilidade* para legitimamente mandar seguir no julgamento. Para o estágio judicial que tem necessidade de *certeza*, as regras são absolutas; para aquele para que basta a simples probabilidade, as regras subordinam-se ao sistema processual, tendo no entanto sempre em vista o favor da verdade e da justiça, em que deve também inspirar-se a arte criminal para aconselhar esta ou aquela concretização de um sistema processual.

## CAPÍTULO II

### **Classificação fundamental das provas deduzida da sua natureza**

O espírito humano, se, colocado em face de uma ideia geral, pode alcançar com um golpe de vista as suas linhas gerais, direi assim, constitutivas da sua estrutura genérica, não consegue com igual facilidade perceber as linhas diferenciais, constitutivas das espécies contidas naquela ideia. É necessário que à síntese inicial suceda a análise, para que a luz da ideia geral se derrame sobre as espécies. É a análise que, concentrando sucessivamente o lume da inteligência sobre cada uma daquelas partes de que se compõe um todo intelectual, faz com que cada uma destas partes se torne transparente ao espírito; e por isso, da clara e determinada visão das partes tomadas singularmente, passa-se em seguida à sua visão complexa, harmonicamente clara e determinada, naquela luz meridiana da inteligência meditativa, que é a síntese final.

Não sendo a ciência mais que um sistema harmónico de conhecimentos claros e determinados, e não vindo a clareza e a determinação senão da análise, segue-se que é esta a grande e paciente operária da ciência. Chamemo-la, pois, a trabalho.

Começemos pela classificação das provas, para podermos estudar cada uma das suas classes.

Mas qual o critério com que devemos proceder a esta divisão das provas? Lembra-me aqui uma criança minha conhecida, que querendo tomar conhecimentos mais completos relativamente à sua boneca, aplicou-lhe uma forte martelada reduzindo-a a fragmentos; era este também um método analítico; mas infelizmente as partes não mais foram reconhecíveis, e o todo não mais pôde ser reconstruível. Pois bem, senhores, escritores há, capazes destas análises "infantis também na ciência; há escritores,



que, em seguida a terem despedaçado, com grande espanto, um objecto ideal, apresentam ao pobre leitor os restos das insignificantes particularidades que daí extraíram; e julgam, procedendo assim, ter feito análise científica.

Não é com critérios acessórios e acidentais que pode proceder-se à classificação na ciência; se é assim que se procede, não há a esperar clareza alguma e ordem nas ideias; se se procede assim, em vez de se chegar, com uma visão lúcida das partes, à harmónica e clara visão do todo, chega-se, por meio do indeterminado e arbitrário esmiuçamento das partes, à confusão tenebrosa do todo. Procedendo-se por este modo, não basta ter classificado em dez, vinte, e cem, um dado objecto ideal; os aspectos acessórios de cada objecto são indefinidamente múltiplos, e poder-se há continuar a juntar outras dez, outras vinte, outras cem classes, sem nunca ter esgotado as séries possíveis das classificações. Que este estudo dos aspectos mesmo acessórios de uma ideia possa fazer-se como preparação interior do escritor relativamente à organização científica, compreende-se; que deste estudo dos acessórios também se queira fazer participar o leitor, mantendo-se-lhe porém sempre a *sua qualidade de acessórios*, também se compreende. Mas que estes acessórios se façam passar por principais, colocando-os no topo das classificações, é um erro imperdoável, que torna impossível toda a organização científica.

E nesta falta caíram alguns escritores de crítica criminal, multiplicando classificações não essenciais; classificações não tomadas a sério pelos próprios autores, pois que não passaram em seguida a organizar o seu estudo sobre elas, mas sobre uma classificação aceita, pelo consenso geral dos escritores, como critério indiscutível e metódico do estudo das provas.

O leitor já conhece qual é o método de classificação geralmente aceito pelos escritores, com variantes não fundamentais: costumam dividir-se as provas *em indícios, prova testemunhal, confissão e documento*, tomando o documento no seu sentido lato de toda a coisa material que funcione como prova; muitos por isso reduzem o largo sentido há pouco mencionado de

*documento*, referindo êste, em sentido restrito, à prova escrita, e indicando qualquer outra materialidade probatória com uma denominação ulterior como a de prova real ou de inspecção judicial. Mas, é importante notar isto, todos, na classificação e no consequente tratado das provas, costumam colocar o indício, ou *prova indirecta* se assim se quer dizer, a par do depoimento, da confissão e do documento, não colocando em primeiro lugar nem mesmo a *prova directa*.

Devemos seguir o mesmo caminho? Em verdade, confesso não saber explicar como é que um tal método de classificação tenha podido ser aceito até por próprios intelectuais.

Quem há que não veja que o depoimento, a confissão, o documento são especialidades da prova relativamente à *jorma*. ao passo que o indício é uma especialidade da prova relativamente à substância? O testemunho, a confissão, o documento podem ter por conteúdo um indício como uma prova directa; o indício é um dos conteúdos possíveis das três espécies precedentes. Que espécie de lógica científica é esta, que toma para base de uma classificação fundamental um critério *Jormal*, caindo ao mesmo tempo em um critério parcial substancial? Não é com uma classificação essencialmente *heterogénea* e incompleta como esta, que pode esperar-se uma organização científica. O que se diria de um naturalista, que depois de ter dividido a humanidade na espécie caucásica, na negra, na mongólica e na americana, viesse a lume com uma quinta espécie, a masculina? *Risum teneatis amici* ? Mas—dizer-se-lhe-ia, se houvesse vontade de lhe dizer alguma coisa,—tanto entre os caucásicos como entre os negros, os mongólicos, os americanos, existem machos e fêmeas! Vós tomaís, dizer-se-lhe-ia, como espécie particular o que é uma possibilidade comum a tôdas as espécies precedentes: vós começais por estabelecer as vossas classes com um critério formal, e em seguida apresentais uma classe deduzida de um critério sexual parcial; critério sexual, que é substancial ao organismo físico: a vossa espécie masculina ó um despropósito que não tem por onde se lhe pegue.

Pois bem, o despropósito do naturalista classificador seria

nem mais nem menos do que um despropósito análogo ao do escritor da crítica criminal.

Tôda a classificação que, sem fazer uma classe especial da prova directa, coloca o indício como uma espécie probatória a par do testemunho, da confissão e do documento, é uma classificação absolutamente heterogénea e incompleta, e não pode produzir senão confusão. Não podemos por isso absolutamente aderir a um tal método de classificação.

Antes de passarmos a classificar a prova, julgamos oportuno repetir uma observação já feita noutro lugar. A prova pode considerar-se relativamente ao efeito que produz sobre o espírito; e sob êste aspecto resolve-se na certeza e na probabilidade, de que não nos compete aqui tratar. A prova pode, pois, considerar-se emquanto à sua natureza e à sua produção; e é sob êste aspecto que aqui a consideramos, e teremos de classificar.

Ora, para procedermos por nossa vez à classificação da prova, considerando-a como é considerada, emquanto à sua natureza e à sua produção, lançaremos mão de três critérios essenciais e homogéneos em si mesmos. Parece-nos que são apenas três aspectos pròpriamente essenciais à prova: a prova pode considerar-se emquanto ao seu *conteúdo*, ou emquanto ao *sujeito* de que dimana, ou emquanto à *forma* como se apresenta.

Considerando a prova emquanto ao *objecto*, ou conteúdo, se assim se quizer dizer, todos vêem que a prova pode respeitar tanto à coisa que se quer verificar, como a uma coisa diversa de que se deduz a primeira; e quanto ao julgamento penal em particular, pode respeitar ao *delito* ou a uma *coisa diversa do delito*, de que por meio do trabalho racional do espírito do juiz se deduz o delito. A prova divide-se portanto, emquanto ao objecto, em duas classes:

1.º Prova directa; 2.º prova indirecta.

Considerando a prova emquanto ao *sujeito* de que dimana, todos vêem que não pode haver dois sujeitos possíveis: como produzindo a prova, pode apresentar-se uma *pessoa* ou uma *coisa* perante a consciência de que tem de verificar, que em matéria penal é o juiz que julga plenamente, com faculdade de absolver

e de condenar, ou, em outros termos, o júri dos debates. Quanto ao sujeito, a prova divide-se, portanto, também em duas classes:

1.º Prova pessoal, ou afirmação de pessoas; 2.º prova real, ou afirmação de coisas.

Considerando a prova quanto à *Jorma*, vê-se em primeiro lugar que a *afirmação pessoal* pode assumir perante quem tem de a verificar, que em matéria penal é o juiz dos debates, a forma transitória e inseparável da pessoa, da *prova oral*, ou uma forma permanente, que se destaca da pessoa, e que se reduz principalmente à forma *escrita*. A *afirmação derivada de coisa*, portanto, quer se apresente como conteúdo de uma das formas da afirmação pessoal, e neste caso não dá lugar a classe especial quanto à forma; quer se apresente na sua forma original e *material* sob os olhos do juiz dos debates, e então dá lugar a uma classe especial.

À prova, por isso, emquanto à forma, falando genéricamente, divide-se em três classes:

1.º A *prova testemunhal*, que é em geral a afirmação pessoal na forma real ou possível, como explicaremos, da prova real.

A prova testemunhal, emquanto provém de testemunhas que interveem *in facto*, e tem por matéria coisas perceptíveis pela generalidade dos homens, chama-se prova testemunhal *comum*; quando, ao contrário, provém de testemunhas escolhidas *post factum*, e tem por matéria coisas perceptíveis só a quem tem uma perícia especial, chama-se prova testemunhal *pericial*. O testemunho comum compreende portanto o de terceiro, o do acusado e o do ofendido. Consequentemente a prova por peritos, o depoimento de terceiro, o depoimento do acusado e o do ofendido, não são mais que outras tantas subespécies desta classe que denominamos prova testemunhal.

2.º A *prova documental*, que é a afirmação pessoal na forma de escrito, ou de outras materialidades permanentes, quando essa afirmação não pode ser reproduzida oralmente, como precisaremos em tempo e lugar próprio.

3.º A *prova material*, que é a afirmação de uma coisa na materialidade das suas formas directamente perceptíveis.

Em conclusão, recapitulando, a prova pode considerar-se sob três aspectos igualmente essenciais: quanto ao objecto, quanto ao sujeito, e quanto à forma. Quanto ao objecto a prova divide-se em prova directa e indirecta; quanto ao sujeito, em prova pessoal e real; quanto à forma em prova têtemunhal, documental e material.

E eis o programa do nosso estudo. Procederemos desenvolvendo distintamente, em primeiro lugar a classificação relativa ao objecto; depois, a relativa ao sujeito; e finalmente, a relativa à forma da prova. E orientados por êste tríplice critério, julgamos assim desenvolver racional e ordenadamente tôda a matéria probatória criminal.

Mas antes de passar adiante, é necessário fazer aqui uma observação de ordem geral, importante, segundo nos parece, não sé para classificar as provas em abstracto, mas mais ainda principalmente para determinar a classe a que pertence cada prova em concreto. Falando da classificação emquanto ao objecto, determinamos no *delito* o objecto da prova em matéria criminal. Falando da classificação quanto ao sujeito e quanto à forma, consideramos tanto o sujeito como a forma sempre relativamente à *consciência do juiz* dos debates. Pois bem, chamamos a atenção do leitor para estas nossas determinações, porque nos parecem de grandíssima importância em crítica criminal.

E importantíssimo não esquecer que os dois pontos de vista, os dois pólos para não perder a orientação em matéria de provas, são precisamente, de um lado, a *coisa que é necessário verificar*, que em matéria criminal é o delito, do outro o *espírito que a deve verificar*, que em matéria judiciária é sempre o espírito do juiz dos debates, no julgamento público. E digo, no julgamento público, por quanto, segundo o princípio da sociabilidade do convencimento, em matéria penal, a par da consciência do juiz, que julgou plenamente, existe também a consciência social que deve formar a sua convicção; e isto verifica-se por meio da publicidade do julgamento. Não fazemos por isso mais do que referir

a prova a esta dupla consciência, quando, referiu do-a ao juiz dos debates, ajuntamos: no julgamento público. O primeiro critério, o das coisas a verificar, serve para determinar a prova sob o ponto de vista do seu conteúdo; o segundo critério, o do espírito que deve verificá-las, serve para a determinar sob o ponto de-vista do sujeito e da forma. Não se tendo firmes êstes dois pontos de vista ao raciocinar sôbre a natureza e valor das provas, nunca se obterão ideias precisas e científicas: atribuir-se há, a cada momento, natureza e valor diverso a cada prova, segundo ela se refira a conteúdo diverso e a diversa consciência, e cair-se há por isso num contínuo e indeterminado vaguear da mente de um conceito para outro, fazendo assim perder ao leitor tôda a fê científica.

À grande importância dos pontos fixos acima mencionados aparece facilmente.

Se se não tem sempre em vista o delicto, como *objecto* da prova em matéria criminal, como é que se pode chamar com segurança e imutavelmente directa ou indirecta uma dada prova ?

O que é prova indirecta relativamente a um delicto, é prova directa relativamente às circunstâncias imediatamente provadas. Oonsequintemente, indeterminação do conceito sôbre prova directa e indirecta; pois que tôdas as provas são directas relativamente ao que é imediatamente provado; e são tôdas indirectas relativamente ao não imediatamente provado; oonsequintemente, confusão geral das provas, quanto ao objecto.

Se o *sujeito* de que dimana a prova não fôr considerado sempre relativamente à consciência do juiz dos debates, nunca encontraremos coisa alguma estável na classificação das provas quanto ao sujeito: o que deriva da prova *pessoal*, emquanto à consciência do juiz, deriva de provas *reais* relativamente à consciência do próprio afirmante, que vem referir em juízo a sua percepção das coisas: consequentemente, confusão das provas, emquanto ao sujeito.

Quanto à própria *forma*, se a não considerarmos sempre relativamente à consciência do juiz dos debates, encontrar-nos

hemos também aqui obrigados a designar ora uma classe formal, ora uma outra, à mesma prova: o que é documento, segundo os nossos critérios, relativamente ao juiz do debate, o que é documento enquanto se apresenta em juízo como afirmação escrita, que já não pode reproduzir-se oralmente, devido à morte daquele cujo depoimento recolhido pelo juiz instrutor representa, é verdadeiro testemunho oral para este último, perante quem a testemunha depôs oralmente: confusão, por isso, das provas enquanto à forma.

Dêste modo uma confusão geral e babélica apodera-se da crítica criminal, e não há já ciência possível.

As reflexões precedentes referem-se à determinação da *natureza* das provas. Mas convém aqui fazer uma outra reflexão de ordem geral, relativamente à determinação do *valor* das provas. Tendo toda a prova um sujeito que é a coisa ou a pessoa afirmante, e uma forma que é aquela porque a afirmação se realiza, segue-se que uma prova em concreto não pode conduzir legitimamente à certeza, não tendo sido avaliada particularmente sob este tríplice aspecto.

É por isso necessário observar que o sujeito conserva-se distinto da forma na *afirmação pessoal*, porquanto nas provas pessoais, a pessoa que atesta é sempre diversa da sua afirmação formal; e por isso para as provas pessoais, como o testemunho e o documento, é necessário proceder com critérios distintos à avaliação subjectiva e à avaliação formal. Mas na *afirmação de coisas*, ao contrário, o sujeito e a forma confundem-se, porquanto a coisa não se individualiza senão naquela mesma forma material com que aparece; e por isso procede-se à avaliação subjectiva e formal das provas materiais cora critérios comuns.

Concluindo, é urgente notar, sob um ponto de vista geral, que não pode apreciar-se concretamente uma prova senão avaliando a sua *credibilidade subjectiva e formal*, e a sua *conclusão objectiva*: sòmente em consequência desta dupla avaliação (que se torna tríplice nas provas pessoais, que teem o sujeito distinto da forma), pode chegar-se a determinar em concreto o valor de uma dada prova.

### CAPITULO III

#### Classificação acessória **das** provas **derivada** dos seus fins especiais

A finalidade suprema e substancial da prova é a verificação da verdade; e qualquer que possa ser a espécie da verdade que se quer verificar, ela só actua como finalidade sôbre a natureza substancial da prova pelo seu lado genérico de verdade, e não pelo seu lado específico, consistente *nesta* ou *naquela* verdade determinada: qualquer que seja a verdade a verificar, a prova, como tal, não a reflectirá no espírito, senão como verdade e enquanto é verdade; seja qual fôr, por outros termos, a *natureza da verdade* específica a que a prova se refere, a *natureza da prova* conserva-se sempre a mesma.

Não seria por isso lógico estabelecer uma classificação fundamental e metódica das provas, deduzindo-a da diversa natureza das verdades que se querem verificar por meio delas.

É, porém, necessário observar que, de facto, no juízo penal, perante as provas destinadas a estabelecer a *certeza da criminalidade*, desenvolvem-se as provas destinadas a combatê-la, estabelecendo a *crença na inocência*; e falo de certeza no primeiro caso e de crença no segundo, porquanto a acusação não tem nada de provado se não conseguiu estabelecer a certeza da criminalidade, ao passo que a defesa tem tudo provado se conseguiu abalar aquela certeza, estabelecendo a simples e racional credibilidade, por mínima que seja, da inocência.

Por isso, enquanto, conforme costuma fazer-se geralmente, em crítica criminal podem as provas ser consideradas unicamente sob o ponto de vista principal da capacidade ou da incapacidade que tem de gerar a certeza da criminalidade, como é a afirmação dessa certeza que conduz legitimamente à condenação, também é por isso a negação de uma tal certeza que conduz legitimamente à absolvição; atendendo porém a que no



debate judiciário se produzem de facto categorias distintas de prova, determinadas por fins especiais das partes na causa, é bom distinguir também as provas nêste ponto de vista ulterior, dos fins diversos a que tendem no julgamento penal. Sob êste aspecto, tendo em conta os dois fins principais e opostos a que visam as provas em matéria criminal, elas podem distinguir-se genéricamente em provas da criminalidade e provas da inocência.

E com isso, ter-se-ia tudo dito, se aos fins da defesa fôsse preciso estabelecer a *certeza* da inocência, como aos fins da acusação convém estabelecer a certeza da criminalidade. Mas, repetimo-lo, aos fins da defesa não é precisa a certeza; basta-lhe estabelecer a simples *crença* da inocência; basta-lhe, noutros termos, provar que a inocência é razoavelmente crível, seja mesmo em um grau mínimo, destruindo assim a certeza contrária da criminalidade. E, por isso, também não é inútil considerar um pouco esta distinção das provas, derivada dos fins especiais que teem no debate judiciário, porquanto essa distinção determina por modo diverso as obrigações do que quer provar, e que produz a prova no juízo criminal. Às obrigações de quem quer provar a inocência são muito mais restritas que as obrigações de quem quer provar a criminalidade.

Antes de entrar no estudo desta distinção, deduzida *dos fins especiais* das provas, é necessário, por isso, observar que ela é sempre considerada como acessória e subordinada às distinções fundamentais que deduzimos *da natureza* das provas; e por isso não pode alterar em nada o programa do nosso estudo, que continua a ter como sua base imutável as distinções precedentes que derivamos da *natureza* das provas: quer tenda a estabelecer a criminalidade ou a inocência, a prova nunca poderá ser senão directa ou indirecta emquanto ao *objecto*, pessoal ou real emquanto ao *sujeito*, têtemunhal ou material emquanto à *forma*.

Pôsto isto, consideremos as provas emquanto se distinguem pelos seus fins especiais.

Dissemos já, que as provas visam, em geral, como fim superior, no juízo penal a provar a criminalidade ou a inocência; pro-

curemos agora examinar um pouco mais determinadamente esta distinção das provas derivada de seus fins; procuremos chegar por meio da análise a essa distinção, afim de precisar e justificar a sua noção.

Quais são, em primeiro lugar, os fins que podem distinguir as provas de um modo determinado? Como tôda a acção humana, também a produção de uma prova pode ser destinada a fins diversos: não só a um fim imediato, mas a múltiplos fins mediatos, mais ou menos próximos, mais ou menos remotos. Pode até produzir-se uma prova para um fim estranho ao debate judiciário em que é produzida: um acusado pode confessar-se réu de um pequeno delito que lhe é imputado, de um pequeno delito sucedido onde êle não se achava presente, para procurar assim com a sentença condenatória um *alibi*, que o ponha a salvo da pena em que incorreu por um grave crime cometido em outra parte; um acusado pode confessar-se réu do estupro que lhe é imputado, para procurar uma condenação, que lhe faça vencer a questão que lhe intentou sua mulher com o fim de nulidade do matrimónio, por impotência. Quando pois se quere, sob o ponto de vista do fim, distinguir as provas sob um determinado modo, é necessário principiar pela determinação do fim de que se quere falar. Ora, rejeitando a indefinida multiplicidade dos possíveis fins mediatos, cada um entende que o critério determinado e determinante da distinção só pode ser o fim *imediato* das provas.

Sob êste ponto de vista, as provas criminais podem distinguir-se particularmente em quatro classes.

As provas, como tais, podem em primeiro lugar referir-se, como fim *imediato*, à criminalidade principal, ou a uma criminalidade acessória, que se resolve em um aumento de criminalidade: e tanto em um como noutro caso são sempre provas absoluta ou relativamente *incriminatórias*.

As provas podem, ao contrário, como fim *imediato*, referir-se tanto à inocência, como a uma diminuição de criminalidade: também aqui, tanto num caso como noutro, existem sempre provas absoluta ou relativamente *dirimentes*.

As provas podem também ter por fim *imediato*, no juízo

penal, não a criminalidade, nem a inocência, mas a credibilidade de uma prova da criminalidade ou da inocência. E neste caso a prova produzida com o fim de fortificar a credibilidade de outra prova, é prova *corroboradora*; a produzida no intuito de enfraquecer a sua credibilidade, é prova *infirmativa*.

E a propósito desta classe especial de provas das provas, que se concretiza nas duas categorias das provas corroboradoras e infirmativas, é necessário um esclarecimento que se resolve em uma determinação maior. Uma prova pode acreditar ou desacreditar outra, tanto referindo-se ao lado subjectivo da outra (e aqui, falando do lado subjectivo em geral, compreendo também o lado formal), mostrando a sua perfeição ou defeito, quanto referindo-se ao lado substancial, isto é, ao conteúdo da prova que se quer acreditar ou desacreditar. No primeiro caso, não nasce confusão alguma; mas no segundo caso, quando uma prova é a favor ou contra o *conteúdo* de outra prova, não é inútil chamar a atenção do leitor para como e quando deve ser tomada como prova de prova, quer corroboradora, quer infirmativa, de preferência a uma prova incriminatória ou dirimente.

Quando por meio de uma prova se aumenta ou diminui a credibilidade de outra já produzida de criminalidade, chega-se sempre a acreditar *por consequência* próxima a hipótese da mesma criminalidade, ou a contrária da inocência. E do mesmo modo, quando se aumenta ou diminui a credibilidade de uma prova da inocência, acredita-se também sempre, *por consequência*

próxima, na mesma inocência ou na criminalidade. Mas nem por isso se terá sempre, nestes casos, uma prova *incriminatória* ou *dirimente*, porquanto as provas incriminatórias e dirimentes são provas da inocência e da criminalidade em um sentido específico, isto é, no sentido de que a inocência e a criminalidade sejam o fim *imediato* da prova. Quando uma prova é a favor ou contra a *subjectividade* de outra prova determinada, descobre-se à primeira vista que o seu fim imediato já não é provar a criminalidade ou a inocência, mas acreditar ou desacreditar a credibilidade dessa outra dada prova. Quando, pois, uma prova é a favor ou contra o *conteúdo* de uma outra prova, é necessário

distinguir: se este conteúdo, que se comprova ou se reprova, é um facto em que consiste a inocência ou a criminalidade, tem-se uma prova incriminatória ou dirimente, pois que nesta hipótese apresenta-se como fim imediato, *principal*, provar a inocência ou a criminalidade; se ao contrário este conteúdo, que se comprova ou reprova, é um facto em que não consista nem a inocência nem a criminalidade, tem-se simplesmente uma prova de prova, corroboradora ou infirmativa, porquanto nesta segunda hipótese, não há outro fim imediato que não seja o de fortalecer ou enfraquecer a credibilidade das provas. Suponhamos que se apresenta uma prova têtemunhal da inocência, e que esta prova teria o máximo valor se não houvesse no seu conteúdo um facto, na afirmação do qual não consiste a inocência, e que à primeira vista parece incrível. A defesa, visto que a incredibilidade daquele facto, se bem que não consista nela a inocência, tiraria contudo fê à prova da inocência, visto este lado fraco da sua prova, recorre a outra prova, para demonstrar a credibilidade daquele facto: esta segunda prova por isso que tende de um modo *imediato único* a fortalecer a credibilidade do conteúdo da primeira, é prova corroboradora. Esta prova corroboradora, *por via mediata* conduz também à prova da inocência, e é por isso também, em sentido genérico, prova da inocência; mas *imediatamente* não visa senão a acreditar a prova da inocência, e não à própria inocência, e portanto no sentido específico é simplesmente prova corroboradora: atendendo a que esta classificação das provas foi deduzida do seu fim especial *imediato*, temos assim uma prova que corrobora o conteúdo da dirimente, mas que não é dirimente.

De tudo isto que temos dito relativamente às provas corroboradoras e infirmativas, resulta que elas tendem *imediatamente* a acreditar ou desacreditar as provas, dirigindo-se sempre ao fim imediato, próximo e inferior, de fazer acreditar a asserção da criminalidade, ou a da inocência; e por isso as provas corroboradoras e as infirmativas, sob o ponto de vista do fim superior próximo a que tendem sempre no julgamento penal, resolvem-se igualmente em provas da criminalidade e provas da inocência.

Recapitulando, portanto, as provas, sob o ponto de vista do fim especial imediato a que tendem, dividem-se particularmente em quatro classes:

1.º Provas incriminatórias; 2.º provas dirimentes; 3.º provas corroboradoras; 4.º provas infirmativas.

Estas quatro classes agrupam-se por isso, sob o ponto de vista do fim superior imediato ou próximo a que tendem sempre no julgamento penal, em duas categorias:

1.º *Provas da criminalidade*: estas compreendem, por um lado, as incriminantes, que teem por fim imediato a prova da criminalidade; e compreendem por outro as provas corroboradoras das da criminalidade, e as provas infirmativas das da inocência, tendentes, umas e outras, ao fim superior próximo de fazer triunfar a afirmação da criminalidade, em cuja prova se resolvem, as primeiras por consequência mais próxima, as segundas por consequência menos próxima.

2.º *Provas da inocência*: estas compreendem, por um lado, as provas dirimentes, tendo por fim imediato provar a inocência; e compreendem, por outro, as provas corroboradoras das da inocência e as provas infirmativas das da acusação, tendentes, umas e outras, ao fim superior próximo de fazer triunfar a afirmação da inocência, e resolvendo-se em provas da inocência, as primeiras por consequência mais próxima, as segundas por consequência menos próxima.

À primeira categoria, constituída pelas provas da criminalidade em geral e das incriminatórias em especial, é a que tem principalmente em vista, e de que se ocupa de preferencia a teoria das provas: todos os problemas mais importantes de crítica criminal não teem por objecto senão as provas e a verificação da criminalidade. Dissemos que existiam provas de certeza e provas de probabilidade, e dissemos também que a criminalidade só pode provar-se de um modo certo. Quando, por isso, se fala de provas da criminalidade em geral, e de provas incriminatórias em especial, fala-se sempre de provas de certeza, senão na individualidade singular de cada uma, pelo menos no conjunto probatório de tôdas aquelas que formam o fundamento legítimo

da sentença condenatória; e mostramos anteriormente o modo como as provas de probabilidade, no seu conjunto, podem tornar-se prova de certeza. Todas as vezes, pois, que se fala de provas da criminalidade, fala-se de provas de certeza, por isso que não pode afirmar-se a criminalidade quando não esteja verificada; e todo o nosso tratado dirigir-se há principalmente ao estudo da eficácia, verificante ou não, das provas que chamamos, em particular, incriminatórias, por se destinarem imediatamente a provar a criminalidade.

Não é assim quanto às provas da inocência, em geral, e às dirimentes, em especial. Se para provar a criminalidade é necessário provas, pelo menos no seu conjunto final, de certeza, para provar a inocência ou a menor criminalidade bastam, não só as provas de probabilidade, e as ínfimas provas de probabilidade •que denominamos de verosimilhança, mas bastam, em geral, também as que só são provas imprópriamente, isto é, as provas de simples credibilidade. Desde o momento que se tornou racionalmente crível a hipótese da criminalidade e a da inocência, deve esta ter-se como provada; desde que se tornou racionalmente crível a hipótese de uma criminalidade maior, e a de uma criminalidade menor, deve esta ter-se como provada.

Relativamente às provas da prova em particular, isto é, relativamente às corroboradoras e às infirmativas, para se ver qual a força que devem ter para poderem ter eficácia no julgamento penal, é necessário atender à natureza da prova para cuja corroboração ou infirmação são chamadas, porquanto, da natureza desta prova em relação com a sua, depende o facto de elas deverem resolver-se em provas da criminalidade ou da inocência.

Se as *provas corroboradoras* são chamadas a fortalecer a credibilidade duvidosa de *uma prova incriminatória*, para terem eficácia judicial é necessário que sejam provas de certeza; isto é, é necessário que não deixem dúvida sobre a credibilidade da prova incriminatória: uma prova incriminatória, mesmo mínima, mas sempre racionalmente duvidosa, não pode servir de base a uma condenação. Se ao contrário as *provas*

*corroboradoras* são chamadas a fortalecer a credibilidade vacilante de *uma prova dirimente*, mesmo que não sejam provas de certeza, podem ter sempre a sua eficácia no julgamento penal: basta, ao lado da hipótese da não credibilidade, fazer acreditar a hipótese da credibilidade de uma prova dirimente, para que esta possa ter, nos devidos casos, o seu valor judicial, bastando a simples dúvida para justificar a afirmação da inocência.

Quanto pois às *provas infirmativas*, se são chamadas para enfraquecer a fé de *uma prova incriminatória*, não é necessário que sejam de certeza; basta mesmo serem de simples credibilidade para poderem ter, nos devidos casos, uma eficácia judicial. Basta mesmo produzirem a mínima dúvida racional sobre a credibilidade das provas incriminatórias, para que estas já não possam servir de base legítima à condenação. Se, pois, as *provas infirmativas* são chamadas para enfraquecer a fé de *uma prova dirimente*, é necessário então que sejam provas de certeza: não basta a simples dúvida para tirar todo o valor a uma prova dirimente; é, ao contrário, necessária a certeza.

Todos êstes preceitos sobre a diversa força que, para terem eficácia judicial, devem encontrar-se nas provas, conforme são incriminatórias ou dirimentes, e conforme corroboram ou infirmam uma incriminatória ou uma dirimente, todos êstes preceitos não são mais que a aplicação de um só e mesmo princípio; basta a simples dúvida para justificar a afirmação da inocência, é necessária a certeza para justificar a afirmação da criminalidade.

E isto basta quanto à exposição da classificação das provas, derivadas do fim a que se destinam.

## CAPITULO IV O

### onus da prova

Antes de o espírito humano se encontrar, relativamente ao conhecimento de um facto, no estado de dúvida, ou de probabilidade, ou de certeza; antes de percorrer esta escala ascendente psicológica que conduz à posse luminosa da verdade, pode o espírito humano achar-se naquele estado negativo e tenebroso que se denomina ignorância.

Se ao espírito que ignora se apresentam duas asserções contrárias, relativas ao facto ignorado, é necessário; se se quiere percorrer aquela escada ascendente do conhecimento, de que a dúvida é o primeiro degrau, e a certeza o último, é necessário começar por impor a obrigação da prova a uma ou à outra daquelas afirmações contrárias.

Mas poderá isto fazer-se arbitrariamente? Não; há afirmações que teem direito a obter fé, antes de qualquer prova em contrário; deve existir um princípio da razão, que determine, por um lado, êste direito a ter fé antes do desenvolver das provas, e que determine, por outro a obrigação contrária da precedente produção das provas.

A investigação e o exame dêste princípio de razão: eis o problema de ordem geral que vamos tratar relativamente às provas.

Supozemos que se apresentam duas afirmações contrárias. Ora, quando estas duas afirmações se consideram antes que qualquer prova, extrínseca a elas, venha fazer prevalecer a credibilidade de uma ou de outra, não é possível julgá-las senão segundo a sua natureza intrínseca, e segundo as presunções de credibilidade que se acham ligadas a esta sua natureza; se, portanto, da consideração das duas afirmações em si mesmas resulta uma ser mais crível do que a outra, é lógico e natural que, devendo impor-se a obrigação da prova a uma delas, se imponha à que não traz consigo a presunção prevalente de credibilidade.



É, pois, nas presunções que é necessário procurar o princípio superior determinativo do onus da prova.

Mas qual a presunção em que consistirá propriamente este princípio superior.? Eu creio que o critério dirigente supremo para a solução do problema deve ser procurado propriamente naquela presunção genérica que é a *grau de mãe* das presunções específicas e particulares, naquela presunção que nasce do curso natural das coisas humanas. Observando que uma coisa se verifica na maioria dos casos, o espírito humano, não conhecendo se ela se verifica ou não no caso particular, inclina-se, por um juízo de probabilidade, a crê-la verificada, sendo mais crível, que em particular se tenha verificado o que sucede ordinariamente, e não o que sucede extraordinariamente. O ordinário presume-se: eis a presunção mãe, eis a árvore genealógica das presunções.

Mas se o ordinário se presume; quando uma afirmação de um facto ordinário se prova em face da afirmação de um facto extraordinário, a primeira merece mais fé que a segunda, e por isso é pela prova da segunda que deve começar-se. Se o ordinário se presume, o extraordinário prova-se; eis o princípio supremo para o onus da prova; princípio supremo que denominarei *ontológico*, porquanto encontra o seu fundamento no modo de ser natural das coisas.

Quem afirma o que está no curso ordinário dos acontecimentos, não tem obrigação de provar; tem por si a voz universal das coisas que se apresenta como prova em juízo; tem por si a voz universal das pessoas, que afirma aquela voz das coisas, como verificada num conjunto de experiências e de observações. O ordinário, consequentemente, presume-se. Mas quem afirma, ao contrário, o que está fora do curso ordinário dos acontecimentos, tem contra si, como contrária, a voz universal das coisas, afirmada pela experiência universal das pessoas; tem, por isso, a obrigação de sustentar com a prova particular a sua asserção: o extraordinário prova-se.

Apresentando-se, pois, duas afirmações opostas, uma ordinária, a outra extraordinária, a primeira presume-se verdadeira, a segunda deve ser provada.

Apresentando-se duas afirmações desigualmente ordinárias (visto que tanto DO ordinário, como no extraordinário, há um mais e um menos), a mais ordinária presume-se verdadeira, a menos ordinária tem de provar-se.

Apresentando-se duas afirmações desigualmente extraordinárias, a menos extraordinária presume-se verdadeira, a mais extraordinária tem de provar-se.

A percepção de uma coisa ser mais ou menos ordinária ou extraordinária será difícil, mas isto não diminui a exactidão da teoria, nem a sua integridade.

Assim como a observação exterior nos deu o princípio supremo para o onus da prova, o princípio *ontológico*; assim também a observação interior nos dá outro princípio subordinado ao primeiro, e a que eu chamarei *lógico*; um princípio que tem origem nos meios de prova que o homem possui para indnzir a certeza em outro homem: denominamos êste princípio lógico, porquanto a sua origem *imediata* encontra-se nos meios de convicção que o espírito humano possui, se bem que a sua origem *mediata* e primordial se encontre também, naturalmente, no modo de ser das coisas. Eis o princípio que chamamos lógico: na colisão entre um facto positivo e um facto negativo, quem afirma o facto positivo tem de o provar, com preferência a quem afirma o facto negativo. É o velho brocardo: *probatio incumbit ei qui dicit, non qui negat*.

Disse que êste princípio nasce da observação dos meios de verificação que o espírito humano possui. Com efeito, se atendermos um pouco, veremos que o facto positivo tem uma dupla espécie de provas possíveis: provas directas e provas indirectas. Quanto ao facto negativo, ao contrário, só é possível haver provas indirectas. E na verdade, como é possível provar directamente, isto é, *pela sua percepção directa*, o que não existiu ? Em rigor, o que não existiu não pode ter sido percebido *em si*, e portanto não pode ser directamente provado. Não pode haver senão provas indirectas para a verificação 'de um facto negativo. E estas provas indirectas são também menos numerosas relativamente ao facto negativo, que ao facto positivo; porquanto o facto positivo

deixa atrás de si o rasto da sua exteriorização, vestígios que o facto negativo não pode deixar, atendendo a que o nada, nada produz. Atenta, pois, a maior facilidade em provar o facto positivo, é quem o afirma que deve de preferência prová-lo.

Labora em equívoco quem, para combater êste princípio que nós chamamos lógico, pretenda deduzir o onus da prova, a cargo do que afirma o facto positivo, da *impossibilidade* de provar o facto negativo. Não: o facto negativo pode provar-se, mas unicamente por meios indirectos; o facto positivo pode, ao contrário, provar-se por meios directos e indirectos. Esta maior facilidade de prova que tem, em geral, o facto positivo, obriga quem o afirma a apresentar as provas, de preferência a quem o nega, e tem por isso meios de prova mais limitados.

É necessário, porém, esclarecer ainda êste princípio lógico, determinando a sua *extensão*. O princípio lógico, racionalmente, êstende-se apenas às *verdadeiras negações*; fora destas já não tem valor algum. Algumas pessoas, iludidas pelas aparências, não teem visto senão negações em tudo o que se apresentava negativamente. Outras, tendo observado que na maior parte das negações existia um conteúdo afirmativo, teem sustentado que se resolve qualquer negação em uma afirmação; e por isso teem negado valor à distinção entre asserção positiva e asserção negativa.

A verdade é que há negações *formais*, cujo conteúdo imediato é uma asserção do facto positivo, e que não teem de negativo senão a simples forma; e negações há *substanciais*, isto é, verdadeiras negações, que teem não só a forma, mas também a substância negativa, e que por isso não se resolvem imediatamente em alguma asserção de facto positivo. É às negações *substanciais* que se refere o princípio lógico; não às *formais*, que, na realidade, não são negações.

Há espécies de negação, que são sempre *formais*; outras que podem ser *formais* e *substanciais*.

A negação de uma *qualidade* determinada, e a de um *direito* determinado, são sempre formais.

A *qualidade* não é mais do que o modo de ser da substância, e não pode conceber-se substâncias sem qualidade. Não

pode consequentemente negar-se uma dada qualidade de um sujeito, unicamente pelo facto de se afirmar, de modo imediato, uma qualidade contrária, ou pelo menos incompatível com ela. Não se nega a qualidade de branco a um objecto, senão por se asseverar que a sua côr é vermelha, verde, amarela, ou qualquer outra côr, contrária ao branco. A negação de uma qualidade é por isso sempre negação formal, tendo por conteúdo imediato a afirmação de outra qualidade.

O *direito* concreto não é mais que uma relação obrigatória entre uma pessoa e outra, ou entre uma pessoa e as coisas; e a existência real de todo o direito concreto está sempre ligada à existência de condições positivas. Consequentemente, por um lado, o Bujeito exclusivo do direito é a pessoa humana, e não pode conceber-se um direito, direi assim, suspenso fora do sujeito; por outro, a existência de todo o direito concreto acha-se ligada à existência de determinadas condições positivas, e não é por isso admissível pela existência de condições positivas contrárias. Quando, pois, se nega um direito a uma pessoa, afirma-se a outra, ou pelo menos afirma-se uma condição positiva, incompatível com a existência do direito em questão.

O acusado que para fugir à imputação de furto, nega o direito do queixoso sobre a causa, afirma o próprio direito, ou o de outrem que tenha consentido na apropriação que se lhe quer imputar. Esta negação do direito, por isso, é simplesmente formal: a forma é o direito negado a um, a substância é o direito afirmado a outro.

Mas um direito concreto, dissemos, pode negar-se a um sujeito, não só atribuindo-o a outro sujeito determinado, mas também afirmando uma condição positiva incompatível com a existência do direito em questão. Assim, para as nossas leis, as simples pessoas morais não gozam de direitos civis; para gozarem dêles, devem ser legalmente reconhecidas. Conclue-se daqui que pode impugnar-se o direito de propriedade de uma pessoa moral sobre um imóvel, sem atribuir êste direito de propriedade a outro sujeito determinado, mas contentando-se com a simples condição de ser uma pessoa moral, não reconhecida, o sujeito cujo direito se nega.

Esta condição do sujeito é incompatível com o direito de propriedade; e a negação do direito, mesmo neste caso, é formal, resolvendo-se na afirmação de uma condição positiva. Por isso quando se impugna um direito testamentário por falta de uma condição exigida para a validade do testamento, afirma-se em conclusão um vício material no testamento, uma condição positiva, incompatível com a transmissão testamentária de direito; e também neste caso, a negação do direito testamentário de outrem, é sempre negação formal, resolvendo-se de um modo imediato, na afirmação de uma condição positiva, incompatível com aquele direito. Sempre e por qualquer modo, as negações de uma *qualidade*, como as de um *direito*, são por isso negações *formais*.

As negações de *facto*, ao contrário, podem ser formais e substanciais: são *formais*, quando só se nega um *facto*, de um modo imediato, e se admite outro em seu lugar; são *substanciais*, quando se nega um *facto* admitindo a inércia e o nada em seu lugar.

Voltando ao que estávamos dizendo, o princípio lógico não se refere senão às verdadeiras negações; e negações verdadeiras são somente as negações *substanciais* de *facto*. As negações *formais* são tão fáceis de provar, como as afirmações positivas que teem por conteúdo; não há por isso razão para as dispensar da prova.

Mas aqui apresenta-se uma dificuldade: há negações formais que não se podem provar; como se explica isto? Se nas negações formais há sempre a facilidade de provar as afirmações que conteem, não deveria haver negações formais dificilmente prováveis. Tem lugar aqui uma consideração complementar.

As negações formais não prováveis são negações *indefinidas*. Ora, é necessário atender a que nas negações indefinidas, a dificuldade da prova não deriva da sua *forma negativa*, mas sim do *indefinido* do seu conteúdo. E isto é tão verdadeiro, que tôdas as asserções, mesmo as *substancial* e *formalmente* positivas, quando indefinidas, são sempre e do mesmo modo improváveis. Tanto aquele que diz:—Eu nunca puz os pés naquele

caminho—, como o que diz:—Eu trouxe sempre êste amuleto ao pescoço—, não pode fornecer a prova da própria afirmação. Seria necessário ter havido testemunhos indivisíveis de tôda a nossa vida, que tivessem atendido a tudo o que nos respeita, para chegarmos à prova da negação indefinida do primeiro, e da afirmação indefinida do segundo.

Mas há uma diferença entre a afirmação (que compreende] a negação simplesmente formal) indefinida, e a negativa substancial indefinida. A *existência* de um dado facto em momentos diversos, autoriza a presumi-lo existente nos momentos intermédios; portanto, da afirmativa indefinida pode produzir-se uma prova, que é completada pelas presunções. Mas não sucede o mesmo relativamente à negativa substancial indefinida. A *inexistência* de um facto em momentos diversos, não autoriza a presumir a sua não existência nos momentos intermédios, quando o facto podia realizar-se naqueles momentos intermédios. O *estado substancialmente negativo*, ao contrário, não tem continuidade, como não tem existência. Provando-se que em momentos múltiplos e diversos de sua vida Tício trouxera consigo um amuleto, será lícito supor que o tenha trazido nos momentos intermédios; mas por se ter provado que Tício, seja mesmo em mil momentos da sua vida, não passou por um caminho, não será lícito supor que êle nunca por aí tivesse passado nos momentos-intermédios, precedentes ou sucessivos.

Recapitulemos a teoria sôbre o onus da prova, e vejamos as últimas determinações.

O princípio supremo, regulador da obrigação da prova, é o princípio ontológico: o ordinário presume-se, o extraordinário prova-se. E êste princípio funda-se em que o ordinário, como tal, apresenta-se já, por si mesmo, com um elemento de prova, que assenta na experiência comum, ao passo que o extraordinário, pelo contrário, apresenta-se destituído de todo o princípio mesmo o mais remoto de prova; e por isso compete-lhe a obrigação da prova quando se encontra em antítese com o outro.

O princípio *lógico*, que, entre uma afirmação positiva e uma afirmação negativa, achando-se mais facilmente provável a

primeira, põe a seu cargo o onus da prova, é um princípio que tem valor por se referir às verdadeiras negações, que são as negações substanciais.

Ora, para complemento e determinação da teoria, é necessário observar que o princípio lógico se acha subordinado ao princípio ontológico. O princípio lógico não tem eficácia reguladora sobre as provas, senão quando se trata de duas afirmações, uma positiva e outra negativa, mas igualmente ordinárias ou igualmente extraordinárias. Em caso de conflito entre os dois princípios, o ontológico deve sempre prevalecer. É conveniente esclarecer isto.

O caso de conflito entre os dois princípios, verifica-se quando o facto negativo é extraordinário, e o facto positivo ordinário; e o conflito está em que sendo *extraordinário* o facto negativo, pelo princípio ontológico é o facto negativo que deve começar-se a provar, por isso que é extraordinário; ao passo que, para o princípio lógico, sendo *positivo* o facto ordinário, é a este que ao contrário competiria a obrigação da prova, por isso que é positiva. Em tal caso, dando-se conflito, dizemos, é sempre o princípio lógico que deve ceder ao princípio ontológico. Vejamos porque.

O princípio lógico tem fundamento em que a afirmação negativa é menos facilmente provável do que a positiva; e por isso entre duas afirmações de *igual credibilidade*, uma mais facilmente provável, e outra menos facilmente provável, parece natural dar o encargo da prova à mais facilmente provável, que é a afirmação positiva. Mas tudo isto, entende-se sempre na hipótese de que ambas as afirmações, a positiva e a negativa, se apresentem *igualmente não provadas*. Ora quando o facto negativo é extraordinário, e o facto positivo ordinário, no que está, como dissemos, o conflito, o facto positivo, por ser *ordinário*, apresenta-se já com um princípio de prova (que consiste na afirmação da experiência comum), e o facto negativo, por ser *extraordinário*, apresenta-se destituído de todo o princípio mesmo mais remoto de prova; e então entende-se que a afirmação negativa, conquanto menos fácil de provar, apresentando-se,

porém, *sem prova alguma*, tem necessidade de principiar por provar, se quere ter força para contradizer a afirmação positiva, que se apresenta *já com um princípio de prova*. I

Suponhamos que surge a imputação de um crime de omissão: que se imputa a uma mãe a morte do seu filho por lhe ter negado o leite. O acusador diz à mãe: não dêstes, dolosamente, leite ao teu filho. A mãe responde: dei-lho. A afirmação da mãe é positiva, e a do acusador negativa: segundo o princípio lógico é à mãe que competiria a obrigação da prova. Mas, atendendo a que o facto afirmado pela mãe é ordinário, é realmente ao acusador público que incumbe a obrigação da prova, devido à superioridade do princípio ontológico.

Eis aqui, parece-nos, determinada genêricamente a teoria sôbre a obrigação da prova. Vejamos agora a sua aplicação relativamente ao seu desenvolver nos debates judiciais, e mais particularmente no julgamento penal.

O vulgar nos homens é a inocência, por isso ela presume-se, e é à acusação que compete a obrigação da prova no juízo penal. Mas é necessário esclarecer esta presunção de inocência, determinando o seu conteúdo.

*Quilibet praesumitur bonus, donec contrarium probetur*: eis o celebre adágio, que serviu para demonstrar a obrigação da prova a cargo da acusação. Mas como deve compreender-se esta presunção de bondade? Será esta a presunção da inocência de que falamos? O homem presumir-se há inocente, porque deve presumir-se bom? Na verdade, é necessário uma grande dose de optimismo, para aceitar, na sua amplitude, esta presunção de bondade. Semelhante presunção, tomada como se acha formulada, e levada às suas conseqüências, conduz à presunção não só de que o homem não incorre em acções ou omissões conscientes, contrárias à bondade, mas que, além disso, pratica todos os actos bons de que se saiba ser capaz. Quanto ao lado positivo da presunção, relativamente à presunção de que o homem pratica todos os actos bons de que se sabe capaz, até os optimistas dêle duvidarão; e não é êste, de resto, o lado porque se faz uso da presunção no problema probatório. Mas será talvez verda-



deira a presunção pelo seu lado negativo, que lera a acreditar que o homem não incorre em acções e omissões, contrárias à bondade? Será por ventura verdade que o homem ordinariamente não comete acções más? Infelizmente, tanto pelo lado positivo, como pelo lado negativo a triste experiência do mundo elucida-nos sôbre a falsidade da presunção. Não sou pessimista; mas, basta lançar um olhar fugaz sôbre a vida tal qual ela é, para deitar por terra tôdas as ilusões côr de rosa relativas à bondade do homem: a vida humana repleta de desejos acres, de cobiça insaciada, de combates sem nome, sem trégua e sem lealdade, entre homem e homem; a vida humana, digo, não é um jardim em que floresçam ordinariamente os actos bons. E se o homem nasce naturalmente bom, aquilo que se chama o mundo, girando em volta dêle, despoja-o de pressa de um nobre entusiasmo, ou de uma modesta virtude, como o vento do-inverno faz às fôlhas de uma árvore; e fica então, o que se chama *homem do mundo*, que é o tronco que perdeu as fôlhas e as flores, as fôlhas dos bons pensamentos, e as flores das boas acções. A experiência, pois, não nos permite aceitar esta presunção indeterminada de bondade humana, nem mesmo entendendo-a sômente sob o lado negativo, que consiste em presumir que o homem não pratica acções más.

Mas tudo isto, enquanto se entenda por acções más o que se costuma entender, isto é, todos os actos conscientemente contrários à bondade. Mas se por más acções se entendem, ao contrário, as acções *criminosas*, então a presunção já não é uma rósea ilusão de optimista, mas uma observação severa de estadista. A experiência mostra-nos que são, felizmente, em número muito maior os homens que não cometem crimes, do que aqueles que os cometem; a experiência afirma-nos por isso que o homem ordinariamente não comete acções criminosas, isto é, que o homem ordinariamente é inocente: e como o ordinário se presume, a inocência por isso presume-se. Eis a que se reduz a presunção indeterminada e inexacta de bondade, quando se queira determinar dentro dos limites racionais. Não falamos portanto de presunção de bondade; falamos de presunção de

inocência, presunção negativa de acções e de omissões criminosas, presunção sustentada pela grande e severa experiência da vida. O homem no maior número dos casos não comete acções criminosas, o homem ordinariamente é inocente; a inocência por isso presume-se. A presunção da inocência não é portanto mais do que uma especialização de grande presunção genérica, que expomos: o ordinário presume-se. E como, pelo princípio ontológico, presumindo-se o ordinário, é o extraordinário que deve provar-se, segue-se daí que, aberto o debate judiciário penal, é à acusação que cumpre a obrigação da prova.

Relativamente ao princípio lógico, demonstrámos que êle deve sempre ceder ao princípio ontológico no caso de conflito. Mas é conveniente observar que êle, ordinariamente, ou concorre harmonicamente com o primeiro, ou não tem influência alguma na matéria. Aparte o caso raro de crimes de omissão, em virtude dos quaia, como veremos, tem lugar o conflito entre os dois princípios; nos crimes de comissão a afirmação do acusado não é mais que uma negação. Ora esta negação ordinariamente é substancial, e, freqüentemente, indefinida, e em tais casos o princípio lógico concorre com o princípio ontológico para pôr a prova a cargo da acusação. Quando, pois, esta negação do arguido se apresenta formal e indefinida, achando-se então em face da afirmação implícita do acusado e da afirmação explícita do acusador, tratando-se de duas *afirmações* contrárias, o princípio lógico não tem influência alguma, e domina somente o princípio ontológico na determinação da obrigação da prova.

De todo o modo, qualquer que possa ser a influência do princípio lógico, êle é sempre acessório quanto à determinação da obrigação da prova, devendo subordinar-se sempre ao princípio ontológico, que é o princípio supremo do onus da prova.

Mas o princípio ontológico põe o onus da prova a cargo da acusação, por isso que atende às duas afirmações contrárias, a do acusador e a do acusado, antes do desenvolver das provas.

Mas desde o momento em que o acusador reuniu as suas provas para sustentar a sua asserção, se o acusado, em contes-

tação da asserção do acusador, apresenta uma simples asserção contrária, não faz senão contrapor uma *asserção não provada*, a uma *asserção provada*, e como a asserção provada tem direito a ser tomada por verdadeira de preferência à não provada, sendo a presunção de verdade neste segundo momento a favor do acusador, a obrigação da prova incumbe ao acusado.

É dentro destes limites que deve compreender-se a *presunção de dolo*, de que se fala em crítica criminal. O que é geral nos homens, quando praticam qualquer acto, é saberem a natureza das suas acções e a meta a que as dirigem. É por isso que se o homem, sem relação alguma com a acção, se presume inocente, quando, ao contrário, se tenha provado que praticou uma acção que tem exterioridade criminosa, presume-se réu, por isso que se presume consciente da natureza da sua acção, que *in se dolum habet*. Esta presunção de dolo é apenas uma presunção *juris tantum*, que encontra a sua justificação na exterioridade criminosa da acção já provada, por isso que *res ipsa in se dolum habet*, por outros termos, por isso que o facto material criminoso, em si mesmo, se apresenta susceptível de uma intenção dolosa. Quando, portanto, perante a acção criminosa que se prova e inclui o dolo, o arguido se apresenta negando este dolo, contrapõe a uma asserção provada, uma asserção totalmente improvada e que ele tem obrigação de provar. Mas é necessário não esquecer que a obrigação de provar entende-se sempre de um modo muito limitado relativamente aos fins da defesa penal. Se as provas da acusação, para terem consequências jurídicas, devem conduzir à *certeza* da criminalidade, as provas da defesa produzem o seu efeito quando alcançam simplesmente abalar aquela certeza; e alcançam esse fim fazendo admitir simplesmente a *credibilidade* do próprio objecto.

Antes de passarmos adiante, julgamos útil, sob o ponto de vista geral do problema que examinamos, atender a uma objecção que se tem feito.

Disse Pietro Ellero que em matéria penal a obrigação da prova compete ao juiz, porquanto o juiz penal deve ele próprio procurar alcançar a verdade substancial, que é o fim supremo

de todo o processo penal; e que por isso dizer-se que essa obrigação respeita ao -acusado ou ao acusador é um modo de dizer impróprio, extraído do direito civil <sup>1</sup>.

Salvo o devido respeito ao perspicaz pensador, parece-nos que êle cae em um equívoco. Se se considera a prova no processo de instrução, compreende-se que não possa falar-se de obrigação de provar por parte do acusado ou do acusador; no período de instrução é *obrigação do instrutor* procurar chegar à verdade por todos os meios, tanto com as provas favoráveis, como com as contrárias ao acusado; e não é pois ao período instrutório que se deve referir o problema do onus da prova. Se atendemos à prova no momento em que sobre ela se baseia a sentença judicial de condenação, compreende-se também que o *juiz tenha a obrigação* da prova sobre que basear a sua decisão; e isto também é verdadeiro em matéria civil, com a diferença de que em matéria civil basta a prova formal que induza à certeza, ao passo que em matéria penal é necessária a prova da certeza substancial. E o problema do onus da prova não se refere por isso ao momento da sentença do magistrado. Tudo isto se compreende. Mas quando se fala em geral do onus da prova no julgamento penal, fala-se da obrigação de *produzir* em sustentação de uma dada afirmação. Ora aberto o juízo penal, deve aí haver sempre uma imputação de crime, e consequentemente um acusador e um acusado, e portanto uma afirmação acusadora e uma eventual afirmação defensiva; é a estas duas asserções que se refere o problema do onus da prova, e tem em vista estabelecer qual das duas deve provar-se primeiro. Neste caso nunca será possível dizer-se que a obrigação da prova incumbe ao juiz que tem de julgar; o juiz, como tal, não afirma coisa alguma; êle deve julgar entre as várias afirmações e as provas; e a sua obrigação, como juiz, no momento da produção das provas, limita-se a colher todas as provas que possam conduzir à verdade judicial, fim supremo de todo o processo.

ELLERO : *Delia critica criminale*, xxxviii, xxxix.

Não é portanto um erro falar de prova relativamente ao acusado e ao acusador.

Voltando ao que estávamos dizendo, e concluindo, a inocência presume-se; e por isso no juízo penal a obrigação da prova incumbe à acusação. A presunção da inocência, to determina a obrigação da prova em juízo penal, não é senão uma dedução daquele princípio ontológico que afirmamos ser o princípio supremo para o onus da prova. I Este princípio, precisamente por ser supremo, tem também valor em matéria civil para determinar o onus da prova. Instaurado um processo civil, o autor não pode, sob um ponto de vista muito geral, levar à frente mais do que a impugnação de um direito gozado pelo chamado a juízo, ou a afirmação de uma obrigação sua. Ora a experiência mostra-nos que são mais os direitos gozados legitimamente, que os gozados ilegítimamente; mostra-nos, por outros termos, que *no maior número dos casos*, os direitos gozados por uma pessoa são direitos legitimamente gozados; e por isso é *ordinário* que se goze de um direito que nos respeita, e *extraordinário* que se goze de um direito que nos não pertence. A experiência mostra-nos também que é maior o número das obrigações reconhecidas e cumpridas extra-judicialmente, que as reconhecidas e cumpridas judicialmente; mostra-nos, por outros termos, que *no maior número dos casos* as obrigações são reconhecidas e cumpridas sem necessidade de recorrer a juízo; e portanto o reconhecimento das obrigações sem contestação judicial é *ordinário*, e o não reconhecimento é *extraordinário*. Deriva daqui que o autor que impugna um direito gozado pelo demandado, o autor que pede judicialmente o reconhecimento ou cumprimento de uma obrigação, não faz mais que afirmar um estado de coisas contrário ao que está no curso ordinário, um estado de coisas *extraordinário*; e conseqüentemente com-pete-lhe a prova; porquanto a presunção de ter razão assiste ao demandado. Este ponto de vista parece-me claro e determinado para se compreender e admitir a máxima romana: *onus probandi incumbit actori*.

Bertham quer deitar por terra esta máxima. Considerando que as causas ganhas pelos autores são em proporção bem superior às causas ganhas pelos demandados, êle pretende deduzir a menor credibilidade dêstes, e consequentemente a obrigação da prova a seu cargo. Mas o agudo engenho do filósofo inglês não reflectia, aqui, que se as causas ganhas pelos autores são em maior número, isso é devido à obrigação a que se veem sujeitos de provar a sua pretensão; por esta obrigação só se apresenta ordinariamente como autor em juízo quem possui uma bagagem suficiente de provas, respeitantes à verdade da sua asserção. Mesmo que a obrigação da prova se pusesse a cargo do demandado, ver-se-ia logo aparecer uma multidão de autores temerários e mentirosos; e então a estatística mudaria, e as causas ganhas pelos demandados tornar-se-iam bem superiores em número às ganhas pelos autores. O seu argumento não tem portanto valor contra a verdade da máxima que põe a prova a cargo do autor.

Gomo vemos, esta máxima aplica-se também em tôda a sua extensão em matéria penal, atribuindo-a ao acusador.

Mas a máxima—*probatio incumbit auctori*—é uma máxima' que atende às duas asserções contrárias antes de qualquer prova, e determina a qual delas incumbe a obrigação de provar. Quando, pois, o autor reuniu as suas provas para fundamento da sua afirmação, o demandado, que em contestação da afirmação do autor apresenta uma simples asserção contrária, não faz senão contra por uma *asserção não provada*, a uma *asserção provada*; e como a afirmação provada tem direito a ser havida como verdadeira de preferência à não provada, a presunção de verdade sendo nêste segundo momento a favor do autor, a obrigação da prova fica a cargo do demandado: *reus excipiendo fit auctor*.

Esta segunda máxima, porém, tem valor diverso em matéria civil e em matéria penal. O demandado que opõe uma excepção à acção contrária, tem obrigação de fazer uma prova completa da sua excepção, ou pelo menos de uma prova superior à da acção de que quer defender-se. O acusado, que apresenta

uma justificação ou uma desculpa, ao contrário, não incorre na obrigação da prova completa; basta que a sua asserção seja crível: mesmo quando a prova da defesa seja inferior à da acusação, e se chega somente o tornar crível a justificação ou desculpa apresentada, só por isso êle triunfa. E por isso, para evitar confusões, é melhor não falar de excepção em matéria penal.

# TERCEIRA PARTE

## Divisão objectiva das provas

### CAPITULO I Prova directa

#### e indirecta

A prova faz reflectir unicamente no espírito humano a verdade objectiva; é por meio da prova que chegamos à posse da verdade. A coisa, ou a pessoa, que faz a prova, reverberando no nosso espírito a sua relação com a verdade, faz-nos também perceber esta. Por isso na relação que a prova tem com a coisa provada é que assenta o conteúdo, ou o objecto da prova; conteúdo ou objecto que é a sua substância de prova. Parecerá por isso natural que, no estudo especial da prova, se tome para ponto de partida a sua natureza objectiva: é o critério substancial da prova.

Mas para que este critério substancial não se perca em indeterminações é necessário começar por precisá-lo. Em que consiste propriamente este critério substancial e objectivo, a que é necessário referirmo-nos, para a primeira classificação das provas?

Sempre que se fala de substância de provas, não se fala da relação da prova com a verdade abstracta, ou com uma verdade concreta qualquer que seja, cuja verificação não se tem em vista; não: fala-se da relação determinada da prova concreta com a verdade concreta que se quer verificar. As provas, portanto, como tais, para se classificarem emquanto ao objecto, devem



considerar-se relativamente à *verdade concreta que se quer verificar*, e em cujo serviço são chamadas a funcionar como provas. É nesta relação das provas com a verdade que se quer verificar que assenta o seu critério objectivo, que serve para classificá-las segundo a sua natureza substancial.

E por isso necessário, em primeiro lugar, determinar qual é a verdade cuja verificação se tem em vista, para passar em seguida a examinar a relação concreta que pode existir entre a prova e aquela determinada verdade, e determinar assim, a várias naturezas da prova relativamente ao objecto.

Será fácil determinar o que, em particular, se considera como verdade a verificar em crítica criminal. Todos sabem que o julgamento criminal pode tender tanto à afirmação da criminalidade, como à afirmação da inocência do acusado. Mas a afirmação da inocência não demonstra senão a inanidade do início do julgamento; porquanto o procedimento penal não se inicia por certo com o fim de se afirmar a inocência dum homem, para dar-lhe o prazer de não ser suspeitado de criminalidade. Se o julgamento tivesse em vista este fim académico, seria necessário, para cada delito cometido por um autor desconhecido, instaurar tantos processos quantos são os indivíduos que constituem a sociedade, se nenhum é particularmente suspeitado, ou quantos são os particularmente suspeitados, no caso de os haver; para dar a cada um a amarga satisfação de se ver declarar inocente, depois de ter sofrido todos os inevitáveis vexames precedentes.

O juízo penal só se instaura quando existe a fé de poder chegar à verificação da criminalidade, para que se faça justiça. A verdade por isso, a cuja verificação tende o juízo criminal, é o *delito*; e a crítica criminal tem em vista precisamente achar as regras lógicas pelas quais a certeza do delito seja, o mais possível, isenta de erro e correspondente à verdade objectiva; e todos os grandes problemas de crítica criminal tem unicamente por objecto as provas é a verificação da criminalidade.

Consequentemente, ao examinar e classificar as provas emquanto ao seu conteúdo, devem elas referir-se em crítica crimi-

nal, como ponto fixo, ao *delito*, que é a verdade particular que se procura verificar, instaurando o processo.

Ora, pôsto isto, a prova pode *referir-se, como a objecto imediato*, ao delito, seja mesmo em um dos seus mínimos elementos, ou pode *consistir* no próprio elemento delituoso; e então ela denomina-se prova *directa*. Pode, ao contrário, a prova, como a objecto imediato *referir-se a uma causa diversa* do delito, de que pelo trabalho do raciocínio se passa ao delito, referindo-se, por isso, a êste *mediatamente*, ou pode *consistir* directamente nessa coisa diversa; e então a prova denomina-se *indirecta*.

Biparti a hipótese das condições constitutivas, quer da prova *directa*, quer da *indirecta*, para tornar completa a sua noção, atendendo à diversa natureza subjectiva das provas, isto é, da sua natureza pessoal ou real.

A primeira fórmula da hipótese, que considera o caso de a prova ter *por objecto imediato* o delito ou uma coisa diversa do delito, refere-se à categoria das provas *pessoais*. Uma testemunha vem depor ter visto Tício matando Caio; o homicídio, que é próprio e directamente atestado, *é o objecto* imediato da afirmação: é uma prova pessoal *directa*. Uma testemunha vem, ao contrário, dizer-nos ter visto Tício fugir pouco depois de ter sido cometido o homicídio. A fuga de Tício, que *é objecto* imediato da asserção, é uma coisa diversa do delito, que no entanto faz concluir pela existência do delito: é uma prova pessoal *indirecta*.

A segunda fórmula, que supõe o caso de a prova *consistir* em um elemento criminoso, ou em uma coisa diversa do delito, refere-se às provas *reais*. A letra falsificada apresentada em juízo é uma prova que não *tem por objecto* imediato o delito, mas que *consiste* no delito, e propriamente naquele seu elemento, que dentro em pouco especificaremos com o nome de evento material criminoso: eis como se concretiza a *direcção* da prova *real*. O tremor, suponhamos, que se apodera do argüido na sala da audiência, à vista do fato do indivíduo assassinado, não é já uma prova que *tem por objecto* imediato uma coisa diversa do delito, mas sim uma prova que *consiste* em uma coisa diversa,

de que se concluí o delito: eis como se concretiza a *natureza indirecta* da prova *real*.

Esta distinção objectiva de prova *directa* e *indirecta*, que encontra a sua confirmação na distinção entre prova *inartificial* e *artificial*, se bem que remonte aos mais antigos escritores, parece-me, no entanto, não ter sido sempre tomada em devida conta, nem ter sido clara e exactamente determinada.

Em muitos livros de critica criminal, esta distinção encontra-se, geralmente, incluída na multidão bastarda de cem outras distinções sem importância; o que faz supôr que não se lhe atribui o seu justo valor, pois que não se lhe designa o seu devido lugar. E que não se lhe atribui o seu justo valor, deduz-se claramente do facto de o escritor não se deter mais longamente nesta do que em qualquer outra distinção.

Alguns, por isso, falando de prova *directa* e *indirecta*, mostraram não tomar como prova *directa* e *indirecta*, mostraram não tomar como prova *directa* senão a prova de *todo o delito*, como se fôsse possível com uma única prova comprovar todo o crime. Admitamos que uma testemunha tenha visto todo o desenrolar-se da acção criminosa: tenha visto Tício matar Gaio. Será esta porventura uma prova de *todo o delito*? Não será talvez necessário mais alguma prova? Quando outra coisa não sucedesse, será necessário estabelecer a intenção criminosa por meio das presunções, que, como veremos, são provas também da espécie das *indirectas*. E o próprio cadáver, não será necessário talvez que seja verificado pelo exame de peritos? Devemos contentar-nos com a palavra da testemunha, e não procurar outra prova do facto homicida? Mas Gaio pode ter caído morto não pelas feridas, mas por um aneurisma; ou pelo menos, não simplesmente por motivo das feridas, mas pelo concurso de qualquer causa orgânica: tudo isto, não o sabe a testemunha ordinária, nem pode sabê-lo. O tes-

te  
munho de Tício, comquanto satisfaça, não é contudo uma prova completa; não é prova de todo o delito, e não poderá ser, em vista da noção supracitada, uma prova *directa*. Uma tal noção, como se vê, exclui toda a possibilidade de provas *directas*; equivaleria a dizer que, provas *directas* não existem; porquanto,

neste sentido, não as há realmente. Para nós é prova directa a que tem o *seu objecto* imediato, ou que *consiste*, também em um elemento mínimo e fracionário do crime.

Outros escritores, em seguida a terem distinguido as provas em directas e indirectas, vieram dizer que são provas directas o *depoimento*, a *confissão*, o *documento*, e que é prova indirecta o *indício*; e a jurisprudência tem frequentemente adoptado esta linguagem. Mostra-se com isto não existir conceito algum justo do que seja prova -directa e do que seja prova indirecta: não se atendeu a que o *têstemunho*, a *confissão*, e o *documento* são classificações *formais* da prova, e a que o *indício* é uma classificação *substancial*; não se atendeu, consequentemente, a que a prova, em *forma* de depoimento ou em *forma* de documento, pode ter por *conteúdo* tanto a prova directa, como o indício.

Outros escritores, finalmente, combateram abertamente esta distinção atacando-a nas suas raízes, mostrando que na prova denominada *artificial*, como na denominada *inartificial*, existe sempre necessidade da arte crítica, e por isso de *artifício* da razão, para a avaliação da prova. E esta que parece uma objecção contra a nomenclatura, de *artificial* e *inartificial*, da distinção, é mais do que isso: é uma objecção contra a importância substancial da própria distinção, quere se chame por um ou por outro modo.

Abstraindo desta objecção precedente, cumpria-nos sempre a obrigação, para a integridade das noções de prova directa e indirecta, de indagar como a razão do juiz vem a actuar em face de uma como em face da outra. Ora desempenhemos voluntariamente esta obrigação de tratadistas, porquanto no que diremos há-de haver, não só o complemento da noção da nossa distinção objectiva, mas ainda a resposta à objecção acima mencionada.

Tôda a prova tem um sujeito e um objecto: o sujeito da prova é a pessoa, ou a coisa que afirma; o objecto da prova é a coisa que é atestada. Tanto o sujeito como o objecto da prova necessitam duma avaliação especial. Quando o espírito humano quere alcançar a certeza dum facto por meio das provas, tem

necessidade, em primeiro lugar, de avaliar a credibilidade subjectiva da prova e, depois, de avaliar a sua conclusão objectiva. Façamos em particular de cada uma destas avaliações, principiando pela avaliação subjectiva.

Apresenta-se em juízo fazendo uma afirmação uma pessoa ou uma coisa. É necessário começar por avaliar a credibilidade deste sujeito pessoal ou real de prova; e a credibilidade consiste na relação entre o sujeito que afirma e a afirmação: relação de verdade ou de falsidade entre a *pessoa* que afirma e a sua asserção; relação de verdade ou de falsidade entre a *coisa* que atesta e as suas atestações possíveis.

Falo de afirmação relativamente à pessoa que afirma; e falo de afirmações possíveis relativamente à coisa que afirma; porquanto a afirmação pessoal é sempre unívoca e determinada; ao passo que a afirmação de coisa é as mais das vezes polívoca e indeterminada, excepto quando se trata de prova real-directa, em que, atestante e asserção se identificam, tornando-se unívocos, relativamente ao elemento directamente provado; caso de prova real-directa em que a qualidade de polívoca só se mantém relativamente aos elementos criminosos não provados directamente por esta prova, que, por isso, relativamente a tais elementos, é sempre indirecta e consequentemente polívoca.

Ora esta relação de veracidade ou de falsidade entre a pessoa afirmante e a asserção, esta relação de veracidade ou de falsidade entre a coisa afirmante e o que ela atesta, esta credibilidade, em suma, do sujeito probatório, tem sempre necessidade de ser igualmente avaliada pela razão, quer se trate de prova directa ou indirecta.

Tanto no caso de a testemunha dizer ter visto Tício assassinando Caio, como no de a testemunha dizer ter visto Tício fugindo em tempo posterior ao crime, tanto no primeiro caso de prova *pessoal* directa, como no segundo caso de prova *pessoal* indirecta, é necessário avaliar por meio da razão a credibilidade da testemunha; credibilidade derivada da sua veracidade ou falsidade; veracidade ou falsidade que consiste em ter-se, ou não, a testemunha enganado, e em querer, ou não, enganar; veraci-

dade ou falsidade que a razão estabelece por meio de raciocínios presuntivos, sobre cuja natureza faremos uma referência analítica ao falarmos dentro em pouco, particularmente, das provas indirectas. Isto, quanto ao que respeita à avaliação subjectiva das provas *personais*, directas e indirectas.

Quanto às provas *reais* também se dá o mesmo. Tanto no caso de, num processo por calúnia, se apresentar em juízo a querela caluniosa escrita, como no de, em um processo de homicídio, se apresentar em juízo o casaco ensanguentado, encontrado em casa do acusado, tanto no primeiro caso de prova/ *real-directa*, como no segundo de prova *real-indirecta*, ocorre igualmente avaliar por meio da razão a credibilidade subjectiva da prova real, credibilidade derivada da sua veracidade ou falsidade, que a razão estabelece ainda por meio de presunções.

A veracidade, pois, da prova real consiste em primeiro lugar na segura identidade da coisa que faz a prova, *emquanto à sua substância*: em não haver dúvida de que a coisa que se apresenta como prova é propriamente a que se julga, e não coisa diversa. Apresentando-se um objecto, encontrado junto do arguido e que se julga pertencer ao ofendido, é necessário ter-se a certeza de que este objecto é precisamente o do ofendido e não um objecto semelhante; é necessário ter-se a certeza da identidade substancial desse objecto, para que esse objecto possa subjectivamente ter eficácia de prova.

A veracidade da prova real consiste também em não apresentar a coisa probante suspeita de ter sido falsificada, *emquanto às suas modalidades*. A voz das coisas nunca pode ser falsa por si mesma; somente, por as coisas serem polívocas, é que nem sempre se percebe qual é a voz que, emanando da genuinidade das coisas, corresponde à verdade. Mas se as coisas não podem ser *falsas* por si mesmas nas suas modalidades, podem contudo ser *falsificadas* por obra do homem, que pode introduzir-lhes maliciosamente uma alteração enganadora de lugar, de tempo, ou de modo de ser. A querela caluniosa que se imputa, pode ter sido modificada de forma a torná-la criminosa, por dolo, suponhamos, dum escrivão ou dum secretário; o casaco encon-

trado em um lugar pertencente ao acusado, pode ter sido colocado aí, suponhamos, depois de ter sido manchado de sangue, por malícia dum inimigo, ou por precaução do verdadeiro culpado. E assim por diante.

Mas porque *é* que falando das modificações da coisa, como pertinentes à avaliação subjectiva das provas reais, não levamos em consideração senão a hipótese de alterações maliciosas? Convém esclarecer aqui este facto.

As *coisas*, devido à sua natureza passiva, acham-se normalmente subordinadas às modificações que lhes são impressas por outras coisas ou pessoas; e é justamente por isso, que as *coisas* podem funcionar como prova. Todas estas modificações normais, não introduzidas no intuito duma falsa afirmação, não alteram a *genuinidade* nas coisas, e não devem por isso ser examinadas pela avaliação subjectiva; entram no estudo objectivo da prova real, porquanto é com o estudo objectivo da prova real, com o estudo do seu conteúdo, que deve examinar-se, se as modificações aparentes estão, ou não, ligadas ao crime, e podem, ou não, conduzir à sua descoberta.

O que não é normal na vida das coisas, o que destrói a sua *subjectividade* natural, ou a sua genuinidade, se assim se quere dizer, é a sua alteração, introduzida no intuito de produzir uma falsa afirmação, para que fique assim insidiado o juízo de quem quer tirar, das coisas um argumento probatório; em suma, é, numa palavra, a sua *falsificação*. Eis porque, falando da avaliação subjectiva das coisas, falamos de alterações maliciosas, e não de alterações casuais e não maliciosas.

Em vista do que temos dito sobre a veracidade da prova real, vê-se como a avaliação subjectiva das provas reais tem um campo limitadíssimo, e tem uma importância muito menor que a das provas pessoais. E a pouca importância da avaliação subjectiva das provas reais parece mais clara, quando se atenda a que o tomar conta das coisas em juízo, para as fazer funcionar como prova, tem lugar quasi sempre imediatamente ao crime, e que pela posse judicial imediata das coisas é assegurada por um lado a sua identidade, e por outro são elas subtraídas às fáceis

falsificações, por meio das mil garantias de que é costume cercá-las.

Voltando ao assunto principal, e concluindo, o que importava demonstrar é que, tanto na hipótese de provas pessoais como na de provas reais, a prova directa e a indirecta requerem de certo modo a arte lógica para a sua avaliação subjectiva. Até aqui não há pois diferenças entre uma e outra espécie de prova.

Entremos agora no exame da avaliação *objectiva*, isto é, da avaliação do conteúdo da prova. Está aqui a diferença não notada pelos contraditores. Vejamos analiticamente esta diferença: primeiro, entre a prova pessoal directa e a prova pessoal indirecta; depois, entre a prova real directa e a prova real indirecta.

Começemos pela prova *pessoal*. Uma testemunha vem depor em juízo ter visto Tício disparar uma espingarda contra Caio. Perante esta prova pessoal directa da explosão, desde que a razão do juiz tenha fixado por argumentos lógicos a credibilidade da testemunha, não pode deixar de afirmar o conteúdo do testemunho. A explosão da espingarda contra Caio, materialidade criminosa que se contém no testemunho, é afirmada espontaneamente, directamente, naturalmente, sem esforço algum racional, desde que se admite a crença na testemunha. Quando, por força da avaliação subjectiva, se veio a admitir a veracidade da asserção directa, a verdade da coisa afirmada, a cuja investigação se dirige a avaliação objectiva, deve admitir-se por consequência imprescindível sem trabalho algum de raciocínio.

Mas já assim não é quando se trata de prova indirecta. Continuemos no exame da prova pessoal. Uma testemunha vem depor em juízo ter visto o acusado fugindo no dia tal, a tal hora. Estamos em face dum testemunho indirecto. Depois de termos estabelecido a credibilidade da testemunha, e depois de termos por isso concluído pela verdade da fuga, que é a coisa imediatamente provada, nada há feito relativamente à conclusão final da prova, isto é, relativamente ao delito que se quer verificar. É necessário uma segunda avaliação, a avaliação objectiva



da prova, a avaliação da relação que o facto da fuga tem com o crime; é necessário que a razão, atendendo às condições pessoais do arguido, e às condições do tempo e de lugar, chegue a concluir com um trabalho de raciocínio, que aquela fuga é indicativa do crime já cometido. Eia como a razão tem necessidade, para a prova indirecta, de fazer um segundo trabalho, que não é necessário quanto à prova directa: o trabalho de conclusão objectiva.

E passemos ao exame da diferença da avaliação directa entre prova directa e prova indirecta *real*. Numa causa, por meio dum libelo difamatório, apresenta-se em juízo o escrito incriminado. Relativamente à materialidade do crime de libelo, materialidade *de que é prova directa o escrito* apresentado, relativamente àquela materialidade criminosa, ocorrem acaso trabalhos de raciocínio para se chegar à certeza? Não; aqui a coisa que faz a prova e a coisa provada são uma só coisa; aqui, a força da prova consiste antes na percepção do escrito incriminado, do que em argumentações de raciocínio; a conclusão objectiva desta prova, *por isso que é directa*, não resulta dum trabalho dedutivo da razão, mas da afirmação pura e simples do que se vê.

E bem diverso o caso da avaliação objectiva por meio da prova real indirecta. Encontrou-se um homem assassinado à facada num campo onde o terreno é argiloso. Em casa do acusado encontraram-se sapatos enlameados, parece, com aquela espécie de terreno; e são apresentados em juízo. Eis aqui uma prova real indirecta. Os sapatos enlameados, que querem aproveitar-se para a verificação do crime, são uma coisa bem diversa do crime: aqui a coisa probatória só pode associar-se à coisa provada por meio do trabalho do raciocínio. É necessário principiar por excluir todas as hipóteses que podem explicar como não criminosa a presença daquela espécie de lama sobre os sapatos do acusado; é necessário, por exemplo, excluir a hipótese d'ele ter passado sobre aquele terreno antes do crime, de por aí ter passado em seguida a ele, de ter passado sobre outro terreno da mesma natureza, situado em outro lugar; e assim por diante. É depois

de excluídas tôdas estas hipóteses, não criminosas, por meio de argumentos lógicos, que a «razão pode achar a ligação que aquela prova tem *indirectamente* com o crime: a conclusão objectiva desta espécie de provas não pode, pois, afirmar-se, senão por meio do trabalho do raciocínio.

Em suma, se sob o ponto de vista da avaliação subjectiva das provas, não existe diferença entre prova directa e prova indirecta, por isso que a razão desenvolve a sua actividade dum só modo para uma e para outra; sob o ponto de vista da avaliação objectiva, ao contrário, existe uma grandíssima diferença entre a prova directa e a indirecta. Por meio da simples percepção da prova directa afirma-se a conclusão objectiva; só pode afirmar-se a conclusão da prova indirecta passando-se por meio do trabalho de raciocínio da sua percepção à do crime.

De tudo isto que temos dito sôbre a diversa participação da razão na avaliação das provas, resulta também claramente a superioridade da prova directa, em geral, sôbre a indirecta, porquanto a primeira, tendo naturalmente a conclusão objectiva, devida à sua maior facilidade de avaliação está menos sujeita aos erros, que a segunda. A prova *directa real*, portanto, é, em particular, superior à *directa pessoal*, porquanto, como vimos, para as provas reais a avaliação subjectiva é, em geral, menos árdua do que relativamente às provas pessoais. Por esta mesma razão, devido à maior facilidade de avaliação subjectiva, também as provas indirectas reais são superiores às *indirectas pessoais*. I Concluindo: depois de têmos em primeiro lugar determinado o conceito da distinção das provas em directas e indirectas sob o ponto de vista das diferenças ontológicas entre umas e outras, passamos em seguida a determinar o conceito sob o ponto de vista das diferenças lógicas, derivadas do diverso modo por que a razão participa na avaliação de umas e de outras. Temos completado assim a noção diferencial desta distinção. Resta-nos simplesmente fazer uma observação complementar.

Não tendo falado até aqui senão das diferenças que existem entre o que chamamos prova directa e o que chamamos prova indirecta, pode naturalmente apresentar-se uma dúvida ao

espírito de leitor: estas duas espécies de prova acham-se sempre separadas, entre si, distintamente, sem ligação alguma? Não será inútil uma palavra a êste respeito.

Segundo o que se disse anteriormente, quando falamos de prova directa não entendemos já falar da prova imediata de *todo o crime*; para nós é prova directa a prova imediata, ainda que seja duma fracção mínima dum elemento criminoso. Ora, pôsto isto, tendo as fracções dum elemento criminoso uma relação natural entre ti, segue-se que, por meio de argumentos lógicos, duma fracção pode passar-se à outra, e que portanto a prova mediata das outras fracções, isto é, a prova directa relativamente a uma parte, é ao mesmo tempo indirecta relativamente a outras partes do elemento criminoso. E o que dizemos relativamente às fracções dum mesmo elemento criminoso, é verdadeiro também relativamente ao elemento inteiro, em face dos outros elementos. Nós analisaremos, no capítulo especial sôbre as provas directas, quais sejam os vários elementos criminosos, de cuja certeza resulta a certeza do crime; ora, êstes elementos também teem uma relação natural entre si, relação natural que os associa na unidade do crime, e que torna possível passar dum ao outro, por meio de argumentos lógicos. Pelo que, se entende como é que a prova directa emquanto a um elemento do crime pode ser prova indirecta relativamente a outro elemento.

Consequentemente para a prova do crime na sua totalidade não há prova directa que não se apresente com um mixto de prova indirecta. Assim: uma testemunha diz ter assistido ao levantar-se uma rixa entre Tício e outros, dum lado, Sempronio e outros, do lado contrário; ter em seguida visto, de repente, Tício puxar por um punhal, e ter então fugido, não sabendo por isso mais nada. Sempronio acha-se ferido. A testemunha não apresenta senão a prova directa duma fracção daquele elemento criminoso que consiste na acção; ela viu Tício empunhar a arma, mas não viu Tício ferir. A prova directa, de Tício empunhar a arma, serve como prova indirecta para o ferimento que lhe é atribuído: a prova directa duma fracção da acção, serve de prova indirecta para o resto da acção criminosa. Assim portanto, Tício

desapareceu; Caio viu numa lacta Sempronio feri-lo com facadas; não viu mais coisa alguma, e fugiu. Esta prova directa da *acção* criminosa, que é um dos elementos do crime, pode servir de indicio a outro elemento, do *facto* homicida que se imputa a Sempronio. Um último exemplo: Tício encontra-se morto, e cortado aos pedaços; o exame anatómico do cadáver, verificação directa do *facto* criminoso, pode servir para indicar indirectamente a pessoa do delinqüente devido à grande e particular perícia manual que revela na consumação do crime.

E basta.

Mas se temos afirmado que não há prova directa sem um mixto de indirecta, ver-se-há que, ao contrário, a prova indirecta pode apresentar-se sem mistura alguma de prova directa.

## CAPITULO II Prova directa

### em especial

Em vista do que temos dito, é prova directa a que tem como objecto imediato a coisa que se quer verificar, ou consiste nessa coisa; e dado o caso de se querer no julgamento criminal verificar o crime que se imputa, prova directa é a que tem por conteúdo imediato o crime imputado. Para determinar, pois, em especial, a prova directa em crítica criminal, é necessário principiar por determinar aquilo que constitui, sob o aspecto probatório, o crime que se quer verificar.

Ora, em geral, para que um crime se atribua como *Jacto* certo a um acusado, é necessário provar três coisas:

- 1.º Que se deu um *facto* criminoso: objectividade criminosa;
- 2.º Que este *facto* foi produzido por *acção* do arguido, ou de outrem sobre quem influiu a vontade do arguido: subjectividade criminosa;
- 3.º Que esta *acção*, ou esta influência sobre a *acção*, foi animada de intenção criminosa: subjectividade inferior criminosa.

À *criminalidade*, em sentido jurídico, de cada um destes elementos, resulta do concurso de todos os três; e por isso, sob este aspecto, eles são concomitantes entre si: não pode admitir-se um sem se admitir os outros.

*Facto criminoso*: como pode êle entender-se, abstraindo da acção e da intenção criminosa? Se suprimirmos a intenção criminosa, ou a acção criminosa que associa esta intenção ao facto, encontrar-nos hemos em face dum facto simplesmente casual.

A *acção criminosa*, por sua vez, não pode ser afirmada sem a suposição necessária da intenção dolosa na pessoa que a praticou, e sem a consequência dum facto qualquer, ainda que seja um simples perigo real, que dêle resulte. Sem intenção ou sem [efeito algum, pode por acaso chamar-se criminosa uma acção?

À *intenção*, finalmente, pode ser, como *criminosa*, chamada a responder em juízo, sem uma acção correspondente, ou sem algum facto produzido, quere mesmo um simples perigo de violação do direito?

De tudo isto resulta a observação importante, que não deve esquecer-se, de que a prova, tomada singularmente, dum destes elementos não se apresenta senão *hipoteticamente* como prova dum elemento criminoso, e não aparece *efectivamente* como prova directa do crime, senão quando se associa com a prova suficientemente completa de todos os três elementos constitutivos do crime.

Se se não prova um destes elementos, não pode haver certeza do crime. Mas a importância da prova, relativamente à verificação do que constitui o crime, decresce à medida que se passa da prova objectiva do facto à prova subjectiva do acto, e à prova subjectiva da intenção.

O *facto* que se apresenta com aparência criminosa, exceptuando os poucos casos em que pode aparecer juntamente com as outras hipóteses críveis da causalidade casual, o facto aparentemente criminoso, dizia, faz supôr uma acção criminosa em geral que o ocasionou. Para julgar, não é necessário mais do que determinar melhor e mais seguramente a natureza da acção, referindo-a a uma pessoa determinada.

À acção por sua vez aparentemente criminosa, atribuída a uma pessoa determinada, faz supor a intenção no agente, conhecendo-se por experiência geral que o homem obra sabendo para onde dirige a sua acção, e dirigindo-a por meio da vontade. O facto, portanto, que é a concretização do crime, faz subir por uma cadeia de presunções <sup>1</sup> ao elemento subjectivo da acção como a uma causa física, e ao elemento subjectivo da intenção como a uma causa moral. Estas presunções não dispensam por certo da prova dos elementos subjectivos, mas servem para mostrar como o ponto de partida do processo probatório é o elemento objectivo; o elemento objectivo que, com quanto faça sôbressair os elementos subjectivos, não tem presunção alguma em apoio da hipótese da sua criminalidade, tendo ao contrário ordinariamente (quando se trata de um facto que possa ser interpretado como não criminoso) uma poderosa presunção em contrário: a presunção de que os factos humanos são geralmente inocentes, não sendo os factos criminosos mais do que uma excepção. Isto, sob o ponto de vista puramente probatório.

Sob o ponto de vista da imputabilidade, portanto, há por acaso possibilidade de imputação penal, sem um facto sinistro? Haja embora uma acção dolosa, mas sem mais coisa alguma, haja embora uma acção correlativa, mas sem facto algum, nem mesmo de um *perigo que tenha podido correr* o direito; poderá acaso falar-se de imputação e da pena? Das intenções perversas, que se conservaram simples intenções, é Deus que se ocupa. Das acções inanes que não tiveram fôrça de produzir sequer um simples perigo para o direito, não há razão para a sociedade se ocupar: deve ocupar-se, acaso, também da criança que tenta esvaziar o mar com uma pequena concha? A sociedade só tem direito de pedir contas de uma acção humana, quando tenha produzido algum facto sinistro, ainda que fôsse um simples perigo para o direito. E no facto, que se radica a responsabilidade do indivíduo para com a sociedade.

<sup>1</sup> Emprego aqui a palavra *presunção* no sentido lato que geralmente se lhe costuma atribuir, no sentido de argumento lógico indirecto.

Sob o ponto de vista probatório, pois, como sob o da imputabilidade, o ponto de partida deve ser sempre o elemento objectivo.

De todo o modo, tanto o elemento objectivo, como os elementos subjectivos, devem ser igualmente certos, para que o crime seja certo. Tôda a prova portanto que tem por conteúdo *imediato*, no todo ou em parte, quer o facto criminoso, quer a acção ou a intenção criminosa, é prova directa, mais ou menos parcial, do crime. É bom por isso lançar uma vista de olhos particular sôbre cada um dêstes elementos, de cuja determinação depende a determinação das provas, emquanto ao seu conteúdo, como directas e como indirectas.

#### I. — FACTO CRIMINOSO

Não há crime, sem um facto externo violador do direito. Todo o crime tem por isso um duplo objecto: objecto material que é a coisa ou a pessoa sôbre que recae a acção; objecto ideal, que é o direito que sofre a violação. Resulta daqui uma dupla espécie de factos: facto material, resultante da acção sôbre as pessoas ou sôbre as coisas; facto ideal, resultante da acção sôbre o direito. Apresentemos as razões de cada um dêstes factos.

Quanto ao *jacto material*, falando dêle, não entendo já falar do fim do delinqüente. O facto material de que falo é simplesmente o efeito físico da acção criminosa, em que se concretisa objectivamente a figura física do crime e a sua essência de facto; e êste efeito físico pode coincidir com o fim do delinqüente, como o cadáver, no homicídio por ódio, e pode ser unicamente um simples meio, também criminoso era si mesmo, relativamente ao fim último a que se propõe o delinqüente, como o cadáver, no homicídio por lucro. É necessário porém observar que a materialidade-meio, produzida pela acção, não pode considerar-se como constitutiva do *jacto* material senão emquanto pela sua gravidade criminosa se considera como constitutiva da essência de facto do crime em questão: se assim não é, a materialidade-meio deve ser julgada como fazendo parte não do *jacto*, mas do outro elemento\* criminoso consistente na *acção*.

A materialidade em que assenta a figura física do crime e que constitue o facto, é às vezes, devido à sua natureza, diversa da acção criminosa, de que é simplesmente o resultado extrínseco e nitidamente distinto; como no caso de homicídio, mesmo quando cometido por ódio ou por lucro, caso em que o cadáver, que daí resulta, nunca se confunde com a acção criminosa, mas é naturalmente diferente dela. Por vezes a materialidade produzida pelo crime, comquanto não seja originariamente diversa da acção, torna-se tal emquanto à acção criminosa, à medida que se exteriorisa, fixa-se em uma materialidade permanente que se espera do agente, constituindo a figura permanente do crime, como na publicação falsa para lucro o escrito falsificado. Nesta segunda hipótese, de originalidade igual entre acção e facto, a acção criminosa, direi assim, fica fotografada na materialidade do facto; na primeira hipótese, ao contrário, de diferente originalidade entre acção e facto, o facto material não reproduz o desenvolvimento da acção, de que se revela não como espelho, mas como um simples resultado.

Há crimes, finalmente, cuja materialidade é uma só coisa com a acção humana, ao passo que o facto material está todo na percepção ou na paixão da acção criminosa passageira: é o caso dos crimes de facto transeunte, dos crimes que não deixam atrás de si efeitos físicos permanentes. Assim, na ameaça verbal e na injúria verbal, o facto material está todo no som, que vai ferir os sentidos de outrem, da palavra ameaçadora e injuriosa. Nêstes casos, a prova objectiva do facto está toda na prova subjectiva da acção, ou, para me exprimir na linguagem bárbara da escola, não existe prova *genérica* distinta da prova *específica*.

Emquanto ao facto ideal ou jurídico, parecerá estranho falar-se aqui dêle, a propósito de prova judicial, quando as provas em matéria criminal só se dirigem à verificação do crime como *Jacto*. Mas com um pouco de análise, vêr-se há que temos razão em falar dêle, porquanto há casos em que não pode falar-se do facto do crime, se primeiro não se estabeleceu para prova o facto do direito. Vejamo-lo.

O direito só pode ser objecto de violação criminosa quando



é actualmente gozado por uma pessoa; e falo de gozo actual, relativamente ao *direito*, não em relação à coisa a que o direito se refere. Ora sob o ponto de vista do gozo actual, o homem tem diversos direitos. Tem direitos inherentes essencialmente à sua natureza de homem, direitos que pela sua simples qualidade de homem, lhe são atribuídos como gozo actual e pessoal: também o selvagem, em face do selvagem, tem sempre iguais direitos, como, por exemplo, o de conservar a sua integridade pessoal. O homem tem também direitos naturais à sua qualidade de membro de uma sociedade civil, direitos que, pela sua simples qualidade de cidadão, lhe são atribuídos como gozo actual e pessoal.

Os primeiros direitos, que denominarei direitos congénito-humanos, não tem que ser provados; a existência de tais direitos, e a sua prova, está toda na natureza de homem do sujeito em questão. Os segundos direitos, que chamarei congénito-sociais, referindo-se ao indivíduo como membro da sociedade, ou a toda a sociedade, também não tem necessidade de prova particular; a existência destes direitos, e a sua prova, está toda, para os direitos individuais, na natureza, que tem o ofendido, de membro da sociedade civil, e para os direitos colectivos, na natureza da própria sociedade civil constituída.

Quando se fala portanto de prova particular do direito, necessária para a prora do crime, já não se fala de direitos congénitos, quer humanos quer sociais.

Mas além destes direitos congénitos, direitos há cujo gozo pessoal e actual provém de relações particulares estabelecidas entre uma pessoa e outra, ou entre uma pessoa e uma coisa: são, estes, os direitos *adquiridos*. Ora, quando se trata da violação, quer consumada quer tentada, de um destes direitos, é necessário ter provado a existência de facto da relação particular geradora do direito, para poder dizer que o direito é um estado violado, e que um crime foi cometido. Por exemplo, a acção sobre a coisa, em geral só tem imputação quando ofenda uma pessoa individual ou colectiva, a pessoa que segundo a linguagem exacta da escola clássica se chama o paciente do delito; e eis a razão

porque sempre que se trata de acção criminosa que recai sobre as coisas, é necessário atender à sua relação com a pessoa do paciente.

Imputa-se um furto: não basta o facto de se apossar da coisa para se dizer realizado o delito; é necessário também a prova da relação particular entre outrem e a coisa, é necessário a prova *de que a coisa é de outrem*. Imputa-se o adultério a uma mulher: não basta a prova do comércio sexual passado entre ela e um homem; é necessário verificar também a sua relação particular com outro homem, a sua relação matrimonial que dá ao marido o direito à fidelidade que, na hipótese, será o direito violado. Sem o direito de outrem sobre a coisa de que se apossou, não haveria furto; sem o direito do marido à fidelidade da mulher, não existiria adultério; sem a verificação da existência de facto destes direitos, não poderia existir certeza dos crimes respectivos. É necessário não perder de vista que o crime é uma entidade jurídica, que se compõe de materialidade e de idealidade; tanto uma como outra, são constitutivas do crime, e são por isso o crime. Tanto a prova imediata do *facto material*, como a prova imediata do *Jacto ideal*, são provas imediatas, ou directas se assim se lhes quero chamar, do crime. A prova imediata do direito de outrem sobre a coisa, é, tanto como a prova imediata de se ter apossado dela, uma prova directa do furto: ó a prova directa daquele elemento criminoso que consiste no direito violado, ou, se o preferem, na violação do direito. A prova imediata do direito matrimonial à fidelidade, assim como a prova imediata do comércio sexual com pessoa diversa da do cônjuge, é uma prova directa do adultério: é a prova directa do elemento criminoso que consiste no direito violado.

## II. — ACÇÃO CRIMINOSA

Na enunciação deste segundo elemento, falei de acção ou de simples influência sobre a acção, porquanto se sabe que pode participar-se em um crime mesmo com a simples vontade quando

*eficazmente* manifestada, sem o concurso da acção: é o caso da cumplicidade de quem é unicamente causa moral do crime; é o caso do mandante, do que aconselha, do sócio não executor; hipóteses, tôdas elas, em que a intenção criminosa de quem é causa moral, influindo, quási, por assim dizer, se encarna na acção do cúmplice executor, encontrando assim nela o vínculo que a liga ao facto.

Procuremos trazer algumas determinações ao conceito da acção criminosa.

Se atendermos a todo o caminho que percorre a actividade humana para chegar da intenção perversa interior à exteriorização do facto criminoso, encontraremos uma longa série de actos externos, os primeiros dos quais se confundem com a multidão dos actos indiferentes, não tendo, EÓ por si, direcção determinada para o crime, e não podendo por isso produzir sequer aquele *perigo* do direito, de onde nasce a imputabilidade da tentativa. Ora, nós, falando de *acção criminosa*, não entendemos compreender nela êstes primeiros actos que não teem uma direcção determinada para o crime, êstes primeiros actos que a escola chama *preparatórios*, e que se confundem com os actos indiferentes. Não compreendemos na *acção criminosa*, senão os actos que *univocamente conduzem ao facto criminoso*<sup>1</sup>; é nêles que se encontra precisamente a execução e a consumação do crime; é nêles que deve encontrar-se própria e logicamente a acção criminosa. Os actos preparatórios não unívocos, apresentam-se na produção da prova criminal como coisas diversas do crime, e conducentes a êle por meio de argumentos lógicos; os actos preparatórios, portanto, como os actos indiferentes, só poderão fornecer matéria de prova *indirecta*; e nunca de *directa*.

A aquisição da espingarda e do veneno, ainda que feita com o fim de servirem para matar, a aquisição da gazua, ainda

<sup>1</sup> Para a determinação do que seja acto *preparatório* o acto *unívoco*, veja as perspicuas doutrinas de FRANGESCO CARRARA, a propósito de tentativa no Programa e nos Opúsculos.

que feita no intuito de roubo, são actos preparatórios, porque são conciliáveis com hipóteses inocentes, porque não apresentam univocidade criminosa; e por isso nunca farão parte da *acção criminosa* propriamente dita, e nunca serão matéria de prova directa do crime: só poderão funcionar entre as provas como indícios. Ficam, assim, marcados os limites daquilo que entendemos por *acção criminosa*.

Mas a actividade da pessoa física, funcionando como *acção criminosa* propriamente dita, nem sempre actua *imediatamente* sobre a coisa ou sobre a pessoa em que produz o facto material, de que anteriormente falámos. Quási sempre, para atingir a meta do crime, serve-se de meios não pessoais que tornam fácil e eficaz o progresso da *acção criminosa* em direcção ao seu fim. Querendo penetrar-se em um lugar fechado para aí roubar, não se recorre unicamente à força simples e una dos próprios músculos, ou a recursos da própria agilidade; mas usa-se da gazuia para abrir as fechaduras, da alavanca para fôrçar as portas, da escada para «altar os muros. Quando se quiere matar, não se recorre à força una dos próprios braços, mas usa-se de um punhal, da espingarda ou do veneno. Êstes meios, instrumentos inconscientes, mudos e cegos, nas mãos do delinqüente, quando aplicados ao «eu fim, identificam-se com a sua *acção*, e são, direi assim, animados pela *acção criminosa* que os guia. Mesmo quando êstes meios tivessem sido criados pela *acção* do delinqüente, como se o ladrão construísse uma escada e dela se servisse para roubar, mesmo então êstes meios nunca seriam o produto da *acção criminosa*, nunca poderiam considerar-se como *facto*, porquanto sendo inofensivos em si mesmos, sob o ponto de vista da criminalidade não são e não ficam sendo mais do que simples *meios*. Em geral, tôda a *materialidade produzida* não como concretização do crime, mas como meio univocamente conducente à concretização do crime, quando não seja criminosa em si mesma, não entra no *facto criminoso*, mas na *acção criminosa*: assim, a porta derrubada, que, para evitar a hipótese da criminalidade intrínseca do *dano efectuado* ao derrubá-la, supomos pertencente ao próprio agressor, a porta derrubada, dizia, para alcançar e

matar um homem, não é um *facto criminoso*, mas um simples meio criminoso, uma parte da acção criminosa.

Voltando ao assunto principal, também os meios pessoais, tendentes à execução do crime, desde que se dirigem univocamente à meta criminosa, passam por isso a fazer parte da acção criminosa; e é necessário considerar a prova imediata, que lhe\* respeita, como prova directa, mais ou menos parcial, da acção criminosa. A arma arrancada do peito da pessoa assassinada é uma prova real, que tem conteúdo de prova directa; o depoimento sobre a natureza e aspecto da arma homicida é uma prova pessoal, que tem conteúdo de prova directa. É necessário fazer aqui uma reflexão respeitante a esta espécie de prova directa, que consiste DOS meios não pessoais-empregados.

Mas antes de entrarmos na reflexão que julgamos conveniente fazer, é necessário principiar por chamar a atenção para uma observação já feita genêricamente a propósito de prova» directas e indirectas. Dissemos já que a prova, que é considerada directa emquanto respeita imediatamente ao crime em um do» seus elementos, é prova indirecta relativamente aos outros elementos do mesmo crime. Segue-se daqui que uma prova directa da acção pode funcionar como prova indirecta emquanto ao facto e emquanto à acção. Assim, do facto de levar escondida a coisa alheia, modo de exercício da acção física provado directamente, pode concluir-se duma forma mais ou menos eficaz, mas sempre indirecta, a intenção criminosa de roubar. Assim, também, do facto de ter-se usado contra alguém duma arma homicida, modo de exercício da acção física provado directamente, pode concluir-se dum modo mais ou menos eficaz, mas sempre indirecto, a natureza criminosa do facto; como se, tendo desaparecido Caio, uma testemunha presencial afirmasse ter visto Tício disparar contra Caio um tiro de espingarda, e Caio cair; a natureza do meio empregado funcionaria como prova indirecta do facto homicida, na falta da prova directa do cadáver.

Em seguida a têrmos recordado tudo isto, passemos agora à reflexão que queríamos fazer relativamente aos meios não pes-

soais empregados. Tomando a acção criminosa em um sentido restrito e insolvelmente pessoal, a sua prova directa é também prova directa do agente. Mas quando o agente incorpora, direi assim, na própria acção estritamente pessoal meios estranhos e destituídos, por sua natureza, de vínculo indissolvelmente pessoal; quando faz entrar na ordem da própria actividade criminosa uma alavanca, uma escada, um punhal, a prova imediata desta alavanca, desta escada, deste punhal, é sempre rigorosamente uma prova directa, por isso que é prova imediata dum fragmento de acção criminosa. Mas estes meios, provados directamente, não se achando por sua natureza ligados à pessoa, não podem só por si funcionar senão como provas directas da pessoa do agente; por outro lado, portanto, relativamente ao facto da consumação são também provas indirectas como tôdas as provas directas da acção una. Conclue-se daqui que enquanto aos fins principais do julgamento, consistentes na verificação do 'réu e do facto criminoso, só por si, as provas directas desta espécie só funcionam eficaz e utilmente como provas indirectas.

A tudo isto é necessário juntar que estas coisas, relativamente à própria substancialidade das provas directas, tendo a sua natureza criminosa unicamente no uso, é propriamente enquanto teem certamente prestado aquele dado uso, que constituem um fragmento da acção criminosa; e por isso, para têmos conteúdo de prova directa, devem ter sido percebidas como tendo certamente' tomado parte no conjunto da acção. Um punhal, suponhamos, que se encontra na casa de Ticio, acusado de ferimentos, não é mais do que uma prova indirecta, um simples indício. O punhal será, ao contrário, um objecto de prova directa da acção criminosa quando tenha sido visto no momento da acção, na mão do agressor, ou no peito da vítima. Como o punhal, assim também qualquer outro meio de execução, não pode ser objecto de prova directa, senão quando se verifica a sua incorporação na acção criminosa.

A escada, quando tenha servido com certeza para saltar o muro, a gazua, quando tenha com certeza servido para abrir a porta, o punhal, quando tenha certamente servido para a agres- j

são, são, todos êles, verdadeiros fragmentos da acção criminosa; e, neste sentido, podem dar lugar à prova directa. É necessário ter-se a certeza de que êstes meios foram encaminhados pela acção dirigente do delinquente ao fim criminoso; é necessário que se apresentem com a *univocidade* criminosa, como quando a gazua é encontrada na fechadura aberta, a alavanca junto da porta arrombada, a escada em frente do muro escalado.

Tudo isto mostra como é rara a utilidade, e raro o caso desta espécie de provas como directas; tudo isto mostra a razão por que estas provas só costumam tomar-se como indícios; e tudo isto finalmente servirá para explicar ao leitor aquele sentimento de repugnância que, à primeira vista, pode prevenir a consciência a admitir que êstes meios materiais, destinados à execução dum crime, possam considerar-se como matéria de provas directas do próprio crime.

Uma última palavra sobre a acção criminosa. Falamos da *acção* como meio de conjunção entre a intenção criminosa e o facto; mas casos há em que é a *inacção* que liga uma ao outro: é o caso do crime de omissão, do crime que tem lugar omitindo uma acção, a que outrem tenha um *direito exigível*, como, por exemplo, no caso de infanticídio, perpetrado pela mãe negando o leite à sua criança. Ora, a propósito do crime de omissão, poder-se há perguntar se é possível a prova directa da *inacção* criminosa. É êste um exame que entra na questão da prova do facto negativo, tratada por nós a propósito do onus da prova.

A *inacção* é um facto negativo; é um facto que não existiu, e que por isso não pode perceber-se directamente; e não podendo perceber-se directamente, em rigor não pode provar-se directamente. Mas quando a *inacção* imputada é determinada emquanto ao tempo e ao lugar, podendo observar-se directamente a natureza positiva do seu estado pessoal, negativo daquela dada acção, a prova directa daquele estado, incompatível com a acção, resolve-se em prova quasi directa da *inacção*. Áfirmado-se, por quem observou a mãe e a criança ao tempo que se fixa como sendo o 4a *inacção* criminosa, afirmando-se, dizia, que a mãe se conservou sempre afastada da criança, apresenta-se uma prova directa dum

estado positivo da mãe (o seu afastamento da criança), estado que é incompatível com a acção de amamentar, e que por isso se resolve em prova quási directa de não ter amamentado, ou seja da inacção criminosa.

### III. — INTENÇÃO CRIMINOSA

Antes de passar adiante, é necessário observar que a determinação da pessoa do delinqüente, por prova directa, só tem lugar na prova directa da simples acção, ou na cumulativa da acção e da intenção: um indivíduo não pode ser, por meio de prova directa, designado como o delinqüente, senão quando resulte por meio da prova directa ser êle o autor da acção criminosa. Eis porque não nos ocupamos aqui da determinação da pessoa do delinqüente como matéria especial de prova directa. Tendo por isso no número precedente falado da acção, passamos aqui a tratar do terceiro e último elemento criminoso, que consiste na intenção.

À propósito de intenção, como matéria de prova directa, é necessário principiar por notar uma diferença dêste elemento criminoso dos dois outros precedentes. A *acção* e o *facto* criminoso sucedem-se imediatamente, são dois elementos que se consideram conjuntos: já isto não sucede com a *intenção* criminosa relativamente à acção e ao facto. A intenção pode nascer na consciência 'em época muito anterior à acção, e pode afirmar-se por um modo indeterminado e destacado da acção. Ora a intenção, só por si, considerada na consciência, como separada da acção, não é *elemento criminoso*. Sob o ponto de vista da imputação, e sob o ponto de vista das provas, a intenção precedente, emquanto não se realiza a *sua continuidade até ao crime*, é um simples facto interno diverso do crime, um simples facto interno insusceptível de se verificar, como todos os factos internos, um facto que, sendo diverso do crime, não pode servir para sua prova, senão por meio indirecto: a intenção precedente e destacada é um simples indício que conduz à conclusão da intenção sucessiva



concomitante da acção, em que em último lugar consiste propriamente o elemento criminoso intencional. A intenção, portanto, só pode considerar-se como elemento criminoso quando se supõe ligada à acção. É este o ponto de vista sob que se considera o elemento criminoso da intenção: passemos agora a determiná-lo.

O crime que tem uma natureza externa física, tem também uma natureza interna moral. A sua natureza interna moral é a intenção; e esta é o movimento interno do espírito para o crime.

Para que o espírito se mova para um fim é necessário que descubra esse fim e o caminho que a ele conduz: eis a inteligência, olho da alma, primeiro elemento necessário da interioridade moral.

Mas para integrar esta natureza moral interna do crime não basta a simples função intelectual: é necessário, além disso, que o espírito se determine a alcançar aquele fim, e a percorrer o caminho que a ele conduz, dando assim impulso e finalidade à acção. E eis a vontade em acção, actividade radical do espírito, e ponte de passagem entre o mundo interno e o mundo externo; actividade radical que arranca o espírito da solidão da consciência, e o conduz a manifestar-se no mundo externo dos homens e das coisas.

Para integrar o elemento moral do crime é necessário por isso a participação da inteligência e da vontade.

Toda a prova que tem por objecto imediato a participação da inteligência e da vontade no crime, é prova directa.

Mas a inteligência e a vontade, escondidas nos secretos recessos do espírito, onde só penetra o olhar de Deus e o da própria consciência, subtraíndo-se à percepção directa dos outros homens, subtraem-se à possibilidade de serem objecto de prova directa. Não há senão a afirmação da própria consciência que possa ter por conteúdo directo as modalidades do próprio espírito, sempre que a consciência não tenha perdido a sua lucidez normal; só a *confissão* pode ser prova directa do elemento intencional. Exceptuando o caso da confissão, não é possível chegar-se à verificação do elemento intencional, senão por meio das provas

indirectas: percebem-se coisas diversas da intenção propriamente dita, e dessas coisas passa-se a concluir pela sua existência.

De toda a forma, é necessário determinar era que consiste este concurso da inteligência e da vontade, para determinar em que consiste este elemento subjectivo interno do crime, que assenta na intenção, e que é o terceiro conteúdo possível da prova directa. A matéria é vasta; mas nós mencioná-la hemos rapidamente, e da forma mais comprehensiva que conseguirmos. Procedamos por ordem.

A) *Inteligência*.—A prova subjectiva é, em primeiro lugar, chamada para verificar o concurso de facto da inteligência, relativamente à acção praticada e às conseqüências da acção. Esta visão intellectual da acção e do facto contrário ao direito que se lhe segue, é necessária para haver dolo. Se faltasse a previsão do facto contrário ao direito, não existiria dolo; mas culpa, se o facto era de prever; acaso, se o não era. É necessário, portanto, verificar em primeiro lugar o modo como *funcionou de facto* a inteligência, relativamente ao crime, para determinar se houve ou não dolo; e para poder, assim, na segunda hipótese, afirmar a culpa ou a casualidade, com o critério da natureza do facto susceptível ou não de ser previsto.

Mas da inteligência também se determina, além da actividade concreta ou de facto, o grau de amplitude derivado da *potência da faculdade*: é a maior ou menor perfeição, ou a imperfeição completa e irresponsável do acto intellectual, por motivo de condições inherentes à faculdade intellectual. Sob este aspecto, o concurso da inteligência pode ser excluído, ou enfraquecido, por causas fisiológicas, como a idade, o sonambulismo, o surdomutismo, a loucura; e por causas ideológicas: o erro.

Concurso de facto e concurso potencial, eis tudo o que é chamado para verificar a prova subjectiva relativamente à inteligência.

B) *Vontade*. — Relativamente ao segundo elemento da intenção, que é a vontade, a prova subjectiva deve também em primeiro lugar verificar o *concurso de facto* desta, podendo com efeito a vontade *dirigir-se* propriamente ao facto criminoso, ou

a outro, mas aceitando o facto criminoso *como consequência incerta* da própria acção: dolo *determinado*, no primeiro caso, e *indeterminado*, no segundo. Distinção, esta, que respeita a uma diversidade fundamental da natureza do dolo, diversidade que deriva da tendência diversa que em concreto teve a intenção, podendo a intenção dirigir-se ao facto criminoso *como a um fim mais ou menos certo da acção*, ou dirigir-se a outro, aceitando todavia o facto criminoso como uma consequência *incerta* da acção. Admitida a visão intelectual do facto criminoso, é o estudo da diversa tendência da vontade que deve determinar a diversa natureza do dolo <sup>1</sup>.

E necessário, portanto, verificar, em primeiro lugar, o modo como *juncionou de Jacto* a vontade, para vêr se o dolo é *determinado* ou *indeterminado*.

Mas também relativamente ao concurso da vontade, além do modo *de funcionar concreto ou de Jacto*, é necessário verificar a sua plenitude, derivada da liberdade potencial da faculdade; é a maior ou menor perfeição do acto volitivo por razão de condições inerentes à faculdade volitiva.

Esta perfeição maior ou menor da vontade pode considerar-se relativamente à sua *energia intrínseca espontânea*, e relativamente ao *influxo das causas extrínsecas*, que actuam sobre ela.

Quanto à energia intrínseca, é ela maior ou menor segundo a maior ou menor força vencedora da vontade criminosa; e a medida desta força vencedora é dada pela *serenidade* e pela *duração* da determinação criminosa. À prova compete por isso verificar se o dolo foi sereno e perseverante, isto é, premeditado, ou se foi *imprevisto*.

Relativamente ao influxo de causas extrínsecas, elas podem, actuando sobre a liberdade humana, actuar sobre a liberdade como *faculdade de exteriorização*, ou sobre a liberdade como

<sup>1</sup> Para se achar uma diferença jurídica entre dolo *determinado* e dolo *indeterminado*, é necessário fazer consistir o dolo *indeterminado* na previsão de coisa *incerta*, porquanto a previsão de coisa *certa*, como direi melhor dentro em pouco, se identifica com a vontade *dirigida* à própria coisa.

*faculdade funcional interna*. Isto, quanto ao *objecto* das causas influentes.

Relativamente ao *efeito* que o influxo externo pode produzir, há causas que aniquilam completamente a liberdade, e causas que a enfraquecem. Apresentemos êste assunto o mais claramente possível.

À liberdade pode ser completamente destruída na sua *faculdade de exteriorização* por uma causa física que actue sôbre o corpo; e tem-se o *homem dominado*, que é o homem transformado totalmente em um instrumento passivo nas mãos de outro homem, ou nas do destino; assim, se outra pessoa agarra na minha mão em que introduziu um punhal, e mata com êle; assim, se um furacão me atira para cima de uma criança que morre por êste motivo.

A liberdade pode não ser destruída, mas completamente paralisada na sua *faculdade funcional interna* por uma fôrça moral (e digo moral, emquanto ao *objecto* sôbre que actua, que é o espírito humano); e tem-se o *coagido*. Assim, se, no têrror do naufrágio, arrebatamos a tábua de salvação a outro náufrago, que devido a isso se afoga: coacção interna que motivou a *acção*; assim, se, no têrror de sermos assassinados, matamos o agressor: coacção interna que provocou a *reacção*.

A liberdade pode finalmente não ser destruída, nem completamente paralisada, mas paralisada *em parte*, sempre na sua *faculdade funcional interna*, e sempre por uma causa moral; e tem-se o *violentado*, em quem a espontaneidade de determinação não é completa. Por isso, em todos os casos compreendidos no título genérico de *ímpeto de affecto*, que, comquanto consista em uma coacção interna, só se entende quando tenha tido o seu impulso em uma causa externa que actuou sôbre o espírito: a *ira* tem o seu impulso externo em um *mal que se sofreu*; o *temor*, em um *mal a sofrer*.

Tudo o que temos dito é chamado para a verificação da prova subjectiva emquanto à vontade.

E eis sumariamente indicado o que constituo o concurso da inteligência e da vontade no crime. Indiquei e não desenvolvi.

porque êsse desenvolvimento pertence à teoria da imputação, e não à crítica criminal.

O que importa notar sob o ponto de vista da crítica criminal é que o elemento intencional, sendo uma coisa distinta do elemento material, necessita de uma prova especial. Na prática afirma-se muitas vezes sem mais nada o elemento intencional, mediante a simples prova do elemento material; e não direi que a prática nunca tenha razão, mas que certamente nem sempre a tem.

A dedução do elemento intencional do elemento material é lógica sòmente quando o elemento material *in se dolum habet*. O homem, ser racional, não obra sem dirigir as suas acções a um fim. Ora quando um meio só corresponde a um dado fim criminoso, o agente não pode tê-lo empregado senão para alcançar aquele fim; a dedução, portanto, do elemento intencional da prova do elemento material é lógica nêste caso, quando mesmo o fim criminoso se não tenha alcançado. Ticio prendeu um laço corre-diço a uma trave, e, introduzindo nêle à fôrça o pescoço de Gaio, fugiu deixando-o aí pendurado. Quer Caio morra disso, quer seja salvo por alguém que sôbrevenha imediatamente, o elemento intencional necessário para se afirmar o homicídio no primeiro caso, e a tentativa de homicídio no segundo, ficará provado pela simples prova do elemento material.

Por isso, quando se tenha provado que Ticio prendeu uma mecha incandescente a um palheiro, e largou a fugir para se pôr a salvo; realize-se ou não o incêndio, o elemento intencional da tentativa, como o do crime consumado, encontra a sua prova no próprio factio material.

Assim também, quando se tenha provado o elemento material do estupro, não' será por certo necessária uma prova especial do elemento intencional: *res ipsa in se dolum habet*.

Assim, quem entrega uma fortaleza ao inimigo, quem num bilhete onde se acha inscrito o valor de *mil francos* o substituo por uma soma de *dez mil*, não tem certamente o direito de exigir da acusação a prova da sua intenção criminosa.

Nêstes casos e nos semelhantes, admitindo-se normalmente

a faculdade intelectual e a volitiva no agente, é necessário admitir que *funcionaram* lúcida e activamente para o único fim possível da acção, que é o fim criminoso. Nêstes casos só se pode impugnar a inteligência e a 'vontade como faculdades potenciais do agente, por virtnde de condições anormais, inerentes concretamente a estas faculdades. Poder-se há assim alegar a falta de juízo para excluir o concurso intelectual, e o estado de *domínio* ou de *coacção* para excluir o livre concurso da vontade: é necessário pelo menos que a credibilidade surja destas condições anormais, para obrigar à prova especial do elemento intencional positivo.

Mas fora dêstes casos em que a materialidade não tem mais que um sentido e um único fim possível/ em todos os outros casos é necessário uma prova especial para a verificação do elemento intencional. Um individuo deitou abaixo uma árvore alheia que se encontrava nos limites de uma sua propriedade, e levou-a dali: é necessário provar a intenção de se apropriar de coisa alheia, para lhe imputar um furto; ou é necessário provar a intenção de atribuir-se a propriedade de uma coisa que julga pertencer-lhe, não obstante a posse alheia, para o imputar por esta razão; ou é necessário provar a intenção de fazer injúria ao proprietário, para o acusar de dano voluntário. Se se não prova espécie alguma destas intenções criminosas, o réu, em face da imputação de um dos três crimes supracitados, tem sempre o direito de ser acreditado, quando afirma que arrancou a árvore na boa fé de legítimo proprietário. Se se não prova a especialidade da intenção criminosa, a prova da materialidade da acção não serve de coisa alguma.

A prova especial da intenção, por isso, sempre importante, é ainda mais importante em matéria de tentativa que de crime consumado. E eis as razões disto:

Em geral, quer para o crime consumado, quer para a tentativa, tanto vale ter querido o facto criminoso, como tê-lo *previsto como consequência certa* da própria acção; nêste último caso, a vontade e a acção, se bem que se dirigissem a outro fim, inocente ou menos criminoso, *aceitavam*, comtudo, a *certeza da-*

*superveniência* do facto criminoso, como consequência da própria acção. A *previsão de coisa certa* identifica-se, por isso, com a vontade aplicada ao mesmo acto; existe sempre dolo determinado, tanto para a tentativa, como para o crime consumado.

Mas quando, ao contrário, a previsão do facto é como de uma coisa *incerta*, resultam então daí consequências mais importantes para a tentativa do que para o crime consumado; então só se manifesta o dolo indeterminado, e esta espécie de dolo só se concilia com o crime consumado. A indeterminação do dolo destrói a imputabilidade da tentativa, ao passo que não faz senão enfraquecer a do crime consumado. Pelo que respeita ao *crime consumado*, esta distinção de dolo *determinado* e *indeterminado* tem apenas um valor de simples graduação do dolo, ao passo que ao contrário, quando se trata de *tentativa*, esta distinção tem o valor de admissão ou exclusão da imputabilidade. E compreende-se a razão.

Perante o facto criminoso verificado, é natural que, tê-lo previsto como coisa *certa* ou *incerta*, não tem uma tal importância que exclua a imputabilidade. A imputação radica-se, de certo modo, no facto material produzido pela acção, bastando a sua simples previsão para se afirmar o dolo do agente.

Mas quando se trata de tentativa, o facto criminoso não-existe, ou pelo menos não existe o facto criminoso correspondente ao maior fim criminoso que se imputa; a imputação *radica-se totalmente no elemento moral*, isto é, na intenção, que para ser imputável, deve consequentemente ser bem *determinada*. E a vontade *excedente à acção*, que se imputa na tentativa; e esta vontade, para ser imputada, deve *dirigir-se explicitamente* ao crime que se pretende imputar em razão da tentativa. Consequentemente, se o dolo é indeterminado, não há mais que falar de tentativa; existirá uma acção não imputável, ou uma acção imputável *pelo que é*, e não pelo que podia ser, pelo que produzia, e não pelo que podia ter produzido.

Todos vêem daqui a grande importância da prova subjectiva da intenção na tentativa.

E eis a razão porque falamos do facto, da acção e da inten-

ção, isto é, dos três elementos constitutivos do crime. Quando a prova tem por conteúdo *imediate*, no todo ou em parte, um destes elementos, a prova é directa.

Isto sob o ponto de vista da divisão das provas emquanto ao conteúdo. Voltaremos a tratar deste assunto com uma certa largueza quando, a propósito de divisão *formal* das provas, trataremos da prova directa em especial que se apresenta, na originalidade da sua forma material, sob os olhos do juiz.

### CAPÍTULO III

#### Prova Indirecta em especial, sua natureza e classificação

Se o homem só podesse conhecer pela própria percepção directa, seria bem pobre o campo dos seus conhecimentos; pobre no mundo das ideias, pobre no mundo dos factos. Para que um facto possa ser percebido directamente, é necessário a coincidência de lugar e de tempo entre ele e o homem que o deve perceber. Ora, o homem é simplesmente um ponto na amplidão ilimitada do espaço; não é mais que um átomo fugitivo, no infinito desenvolver-se do tempo. À grande massa dos acontecimentos passa-se fora da esfera das nossas observações directas; e são por isso bem poucos os factos que nós podemos conhecer pela visão directa de nossos olhos.

Supre isto, em parte, a visão directa dos outros, que nos referem o que perceberam: o conhecimento de cada um serve-se, por isso, do de todos. Mas isto também nem sempre é possível, e existe uma multidão de coisas que se escapam não só à nossa percepção, mas também às dos outros que poderiam referi-las. Deverá o homem renunciar ao conhecimento destas coisas, e permanecer nas trevas? Felizmente, não. Entre uma coisa e outra existem fios secretos e invisíveis aos olhos do corpo, mas visíveis aos do espírito; fios ténues que são o meio providencial por que



espírito chega à conquista do ignoto; fios ténues, percorrendo quais o espírito humano, partindo daquilo que conhece directa-ente, chega ao que não pode directamente perceber. É por êstes caminhos, invisíveis aos olhos do corpo, que o espírito humano, achando-se em face das causas, se dirige por meio do pensamento aos seus efeitos, e achando-se em face dos efeitos, se encaminha pelo pensamento às suas causas. E êstes caminhos podem conduzir bem longe e bem alto. Não é porventura subindo a corrente dos homens e das coisas que decorre de há seis mil anos, que os olhos do filósofo e os do santo descobriram DO extremo do horizonte, um, o Infinito, e o outro, Jehovah?

Mas deixando de parte tudo o que é extra-mundano e que não nos respeita, parece que tôda a coisa, na sua realização no mundo, derrama em tórno de si como que uma irradiação de relações, que a liga a muitas outras coisas. E precisamente pela percepção destas outras coisas, e pela percepção das suas relações com o que queremos conhecer, que nós chegamos à conquista do ignoto; meio de conhecimento indirecto, que é o triunfo da inteligência humana sôbre as trevas de que o rodeia a sua natureza finita.

£ tão necessário à vida, servir-se também dos meios indirectos para o conhecimento das coisas, que a natureza providente, até na cegueira animal do bruto, creou impulsos instintivos para o guiar em direcção àquilo que não se lhe apresenta directamente às suas percepções sensórias directas. O cão que, farejando o simples vestígio, consegue alcançar o seu dono, não faz mais que dirigir-se para o ignoto por meio do conhecido. O pássaro que, com os simples pródornos do inverno, emigra para regiões mais clementes, não faz mais que fugir à bruma que ainda não veio, mas que êle pressente por meio da percepção dos indícios precursores. Fatalidade benéfica, esta, nos animais, que os conduz pelo mesmo caminho por que nos conduz a razão, e os faz chegar a um igual fim: isto é, à convicção deduzida de provas indirectas; convicção instintiva e cega, nêles; convicção racional e esclarecida, em nós.

Em nós, é sempre a razão que guia o espírito no seu cami-

nho do conhecido para o desconhecido, por meio daqueles fios ideológicos que ligam o primeiro ao segundo. E o facho que ilumina a razão neste caminho dedalico em que é fácil perder-se, é a luz das ideias gerais; luz que se reflecte sobre as ideias particulares, e no-las faz distinguir.

O instrumento, pois, de que a razão se serve para recolher, direi assim, os raios das ideias gerais, e concentrá-los sobre as ideias particulares, é, como vimos ao falarmos da certeza em geral, o raciocínio; o raciocínio, que é o instrumento universal da reflexão.

Mas qual é a base deste raciocínio?

A experiência externa e a experiência interna; a experiência do mundo físico que nos rodeia e a do mundo moral da nossa consciência: eis a base do raciocínio que nos guia, pelo caminho do conhecido, para o ignoto.

O assunto é árduo, e merece ser tratado com atenção.

Procedamos com ordem. Começemos por estudar a natureza do raciocínio, que é determinada pela natureza lógica da ideia geral conhecida, que nos conduz ao particular ignoto. Passaremos por isso a estudar-lhe a natureza e as diferenças ontológicas; e estas diferenças dar-nos hão em seguida o critério para uma classificação das provas indirectas.

Qual é, portanto, a natureza lógica do argumento probatório indirecto? Sempre que se fala de raciocínio, fala-se de con-

seq  
uência particular, deduzida de uma premissa mais geral: é, em suma, a forma lógica da dedução. Ora, em matéria de argumentos probatórios indirectos, tratando-se de factos particulares, indicadores de um outro facto particular era que se concretiza o crime, apresenta-se à mente uma certa dificuldade lógica de admitir a dedução como meio intelectual para conduzir ao conhecimento do crime. Poderá acaso o crime deduzir-se por meio de uma evolução racional de uma ideia geral?

Mas toda a dificuldade desaparece, quando se atenda a que o raciocínio, logicamente, tem uma dupla natureza, relativamente ao nosso duplo modo de perceber o conteúdo da maior.

O conteúdo geral da maior pode ser percebido imediata-

mente na sua realidade ideal; e da sua generalidade percebida pode directamente deduzir-se o particular que nela se contém; é o caso da dedução pura, o método fecundo das sciências abstractas, que consistem unicamente na evolução dos princípios supremos. Êste raciocínio, que chamo *puro*, não tem aplicação possível às contingências do crime; e não é desta espécie de raciocínio que entendemos falar, quando falamos da forma lógica do argumento probatório indirecto.

Mas o conteúdo da maior do raciocínio, além da percepção imediata da sua realidade ideal, pode provir de um trabalho indutivo; a observação das particulares faz-nos subir a uma verdade mais geral: é o caso da indução, o método fecundo das sciências experimentais. São as várias particularidades observadas, que nos dão aquela verdade geral, de que nos valem para em seguida concluirmos pela particularidade do crime. Nêste raciocínio, que chamo *experimental*, para o distinguir do outro que chamei *puro*, é sempre por meio do trabalho dedutivo que se procede do conhecido ao desconhecido; mas a maior dêste raciocínio, o princípio geral que é o ponto de partida da argumentação, não o tomamos como percepção imediata, mas por trabalho de indução. Êste o raciocínio em que se concretiza a forma logica do argumento probatório indirecto. Com a experiência externa, observando que vários fenómenos físicos do mundo externo são conformes no maior número dos casos, concluimos pela verdade geral que constituo o *ordinário físico*, isto é, a regra do modo de ser e de actuar ordinário das coisas; servimo-nos por isso dêste nosso conceito do modo de ser e de actuar ordinário das coisas, como de uma premissa, para chegarmos à conclusão de uma determinada *particularidade*. Assim, da observação particular e cumulativa de várias espingardas imediatamente a serem disparadas, sobe-se por indução à afirmação geral de que certos e determinados vestígios do cano provam ordinariamente a explosão recente: encontram-se, em seguida, aqueles dados vestígios nos canos de uma determinada espingarda, e conclui-se por uma explosão recente desta espingarda.

Por outro lado, com a experiência interna observamos os

fenómenos morais particulares da consciência, e destas observações particulares passamos ao conceito do *moral ordinário*, isto é, a regra do modo de pensar e de actuar ordinário dos homens, verdade geral de que nos servimos como premissa para outras espécies de raciocínios. Consequentemente da observação particular de cada homem, subimos por indução ao princípio geral, de que o homem obra ordinariamente com um fim; examinando em seguida uma dada acção, concluímos que o agente deve tê-la praticado com um dado fim.

*Lógicamente* só o raciocínio que chamamos *experimental* pode funcionar como argumento probatório indirecto.

Procuremos agora examinar a natureza *ontológica* dêste raciocínio probatório, isto é, a natureza das verdades que podem ser o seu conteúdo.

O raciocínio é um juízo deduzido de dois outros juízos; cada um dêstes juízos é expresso por meio de uma proposição: *maior*, *menor* e *conclusão*. Na primeira das premissas, que se chama *maior*, assenta-se o juízo mais geral, ou seja o princípio em que se contém a ilação que se procura extrair com a *conclusão*; a segunda das premissas, que se denomina *menor*, não é mais que um juízo que declara essa continência. Vê-se daqui que a natureza do raciocínio é determinada pelo juízo contido na *maior*; porquanto, de um lado, a *conclusão* se acha contida naquele mesmo juízo, e do outro, a *menor* só serve para declarar essa continência.

Para estudar consequentemente a natureza ontológica do raciocínio, basta, como se fez relativamente ao estudo da natureza lógica, estudar um único juízo, o juízo expresso na *maior*. Se para apurar a natureza *lógica* do raciocínio probatório, atendemos ao juízo contido na maior, em *relação ao modo como se apossa do espírito*; para apurar agora a natureza *ontológica*, devemos considerar o mesmo juízo *em relação d verdade* a que se refere.

Ora, relativamente à verdade, que é o seu conteúdo, quais as espécies de que pode ser êste juízo constitutivo da *maior*? A resposta acha-se compreendida na questão geral e metafísica da redução dos primitivos juízos.

Um juízo não é mais do que. a relação entre duas ideias. Ora, estas duas ideias, que constituem os dois termos de relação, podem ser idênticas entre si, e podem ser diversas. Eis, sob um ponto de vista muito geral, duas categorias de relações entre as ideias; eis, conseguintemente, duas espécies de juízos possíveis, relações de identidade e juízos analíticos; relações de diversidade e juízos sintéticos.

Todos os juízos de identidade reduzem-se logicamente a um só e supremo juízo que se denomina princípio de identidade: o que é, é.

Entre duas coisas diversas, por isso, não pode existir relação, senão quando uma actua sobre a outra, uma desenvolve a sua actividade sobre a outra; por outros termos, os juízos sintéticos reduzem-se a um só e supremo princípio que se denomina de causalidade: todo o fenómeno supõe uma causa.

Temos, portanto, dois juízos primitivos e supremos: o princípio de identidade, que é o tronco primitivo de todos os juízos analíticos, o princípio de causalidade que é tronco original de todos os juízos sintéticos <sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Os filósofos enumeram ordinariamente oito juízos primitivos, a que se reduzem todos os outros, e que por isso chamam também princípios.

Além dos dois por nós supracitados, enumeram outros seis: 1.º o princípio de contradição: é impossível que uma coisa seja e não seja ao mesmo tempo e sob a mesma relação; 2.º o princípio de conhecimento: o objecto do pensamento é o ser; 3.º o princípio de substância: toda a qualidade supõe uma substância; 4.º o princípio de exclusão do termo médio: uma coisa é ou não é; 5.º o princípio da razão suficiente: não existe coisa alguma sem a sua razão suficiente; 6.º o princípio de finalidade: todo o meio supõe um fim.

Mas estes outros seis princípios, reflectindo bem, reduzem-se, por sua vez, aos dois primeiramente expostos, que ficam, assim, sendo os verdadeiros juízos primitivos. Vejamo-lo rapidamente.

1.º Uma coisa não pode ser e não ser ao mesmo tempo e sob as mesmas relações, precisamente porque o que é, é; o princípio de contradição reduz-se, portanto, ao princípio de identidade.

2.º O objecto do pensamento é o ser, pois que se fôsse o nada, pensar-se hia em nada, isto é, pensar-se hia e não se pensaria, indo de encontro ao princípio de contradição. O princípio de conhecimento, resolvendo-se con-

Sendo a natureza de todo o raciocínio determinada pela natureza do juízo contido na maior, e como o juízo contido na maior só pode ser de duas espécies, segue-se que o raciocínio em geral só pode ser de duas espécies: raciocínio analítico, em relação à identidade; raciocínio sintético, em relação à causalidade.

E em particular, o raciocínio, como argumento probatório indirecto, que sob o ponto de vista *lógico* só pode ser, como anteriormente se viu, *experimental*, sob o ponto de vista *ontológico* pode ser, como depois se viu, de duas espécies: argumento probatório relativamente à identidade, argumento probatório relativamente à causalidade.

seguintemente no princípio de contradição, e resolvendo-se este por sua vez no princípio de identidade, segue-se também que o princípio do conhecimento se rednz ao princípio de identidade.

3.º O princípio de substância reduz-se também ao de identidade, pois que a qualidade supõe a substância, por isso que tôda a qualidade não é senão o modo de ser da substância. Às qualidades são a substância decomposta nas suas modalidades, são, direi assim, as aparências da substância. Todo o modo de ser da substância deve supor consequentemente a substância, de outra forma supor-se hia o nada, e seria, por isso, modo de ser e modo do nada, ao mesmo tempo e sob a mesma relação, o que é impossível devido ao mesmo princípio de contradição que se resolve no princípio de identidade.

4.º E pelo mesmo princípio de identidade, pois que o ser é o ser, uma coisa é ou não é.

Eis, como, o princípio, de contradição, o de conhecimento, o de substância, e o de exclusão do termo médio, se reduzem todos êles ao princípio de identidade.

Vejamos agora os outros dois juízos:

5.º O princípio da razão suficiente reduz-se ao de causalidade, porquanto o que é causa enquanto produz, é razão enquanto explica.

6.º O princípio de finalidade, por último, reduz-se também ao de causalidade, porque é sempre o fim que determina a natureza do meio-, a natureza do meio é, assim, uma consequência ou um efeito por assim dizer da natureza do fim. Os filósofos, chamando, ao princípio de finalidade, princípio das causas finais, mostraram concordar no que afirmamos.

Eis, pois, os outros dois princípios, o da razão suficiente e o de finalidade, reduzidos, por sua vez, ao princípio de causalidade.

Concluindo, temos portanto razão para dizer que os verdadeiros juízos primitivos e supremos são dois: o princípio de identidade e o de causalidade.

O estado destas duas especialidades do argumento probatório deve conduzir, segundo o nosso parecer, a duas classes da prova indirecta: prova indirecta era relação de identidade, em cuja prova assentamos especial e pròpriamente o que se chama *presunção*; prova indirecta em relação de causalidade, em cuja prova assentamos especial e pròpriamente o que se chama *indício*.

Determinemos estas noções.

Admitamos que na maior do raciocínio probatório, quando se atribue uma qualidade a um sujeito, existe relação de identidade, pois que todo o ser compreende na sua totalidade também os seus atributos, e entre o atributo e o ser existe, sempre, por isso, identidade parcial.

Posto isto, sempre que, a propósito de argumentação indirecta, na maior do raciocínio probatório se está em face da atribuição de uma qualidade a um sujeito, o raciocínio leva a uma *presunção* pròpriamente dita.

Quando, por isso, na maior do raciocínio probatório, se atribui uma causa a um efeito, ou vice-versa, o raciocínio é indicativo; isto é, é raciocínio que conduz a um *indício* pròpriamente dito.

Posto isto, para nos não perdermos em abstracções, vejamos como se raciocina a propósito de *presunção* e como a propósito de *indício*.

Comecemos por uma *presunção* qualquer. Pela observação dos vários indivíduos constitutivos de uma espécie, sobe-se indutivamente à afirmação de um determinado predicado daquela determinada espécie, e consequentemente na maior de um raciocínio diz-se, por exemplo: *os homens são ordinariamente inocentes*. Na menor afirma-se a continência do indivíduo na espécie, afirma-se o facto indirectamente probatório (que chamarei facto presuntivo), como pertencente àquela espécie; diz-se *o ar-*

*güi*  
*do é um homem*. Na conclusão, atribui-se ao acusado o que na maior se atribui a todos os homens, o ser ordinário a inocência, e conclui-se: *portanto o argüido é ordinariamente inocente*; ou por outros termos: o acusado portanto é provavelmente

inocente; ou noutros termos ainda: conseguintemente o acusado *presumese* inocente. É esta a presunção de inocência, por nós desenvolvida a propósito do onus da prova. Porque é que, nêstes raciocínios, se passa a considerar o homem como ordinariamente inocente? Devido à relação ordinária de identidade parcial, afirmada entre o sujeito da maior que é a *humanidade* e o seu atributo de *inocente*; devido a que, compreendendo-se o indivíduo na espécie, passa-se a atribuir ao indivíduo o que se atribui a espécie. Examinai, pois, tôdas as presunções propriamente ditas, e será sempre êste o caminho percorrido pela razão humana para dar valor à conclusão: o caminho da relação de identidade.

Tomemos, agora, um indício qualquer. Cometeu-se um crime; Ticio, logo que foi suspeitado como seu autor, fugiu. Esta fuga serve de indício de culpabilidade. Qual é o caminho que a inteligência segue para, segundo a ínga Ticio, concluir pela culpabilidade? Ei-lo. Da observação dos vários factos particulares sobe-se à afirmação da relação específica de causa e de efeito entre a fuga e a consciência do crime; afirma-se conseguintemente na maior do raciocínio: a fuga, logo em seguida a ser-se suspeitado de um crime, é ordinariamente causada pela consciência do crime. Na menor, passa-se a afirmar o facto particular da fuga de Ticio, o facto indicador, e diz-se: Ticio fugiu. Na conclusão, passa-se a atribuir à fuga particular de Ticio a causa que ordinariamente se atribui à fuga, em geral, de qualquer outra pessoa naquelas condições, e diz-se: logo Ticio tem provável

mente a consciência da sua criminalidade. Eis, em concreto, o caminho da inteligência no argumento probatório que se chama propriamente indício.

Um parêntesis: na conclusão dêste raciocínio indicativo, assim como na do precedente raciocínio presuntivo, falei de *probabilidade*; pois que, como declarai falando da certeza, e como direi dentro em pouco, partindo da premissa do modo de ser *ordinário* das coisas, chega-se apenas a conclusões *prováveis*; partindo ao contrário da premissa do modo de ser *constante* das coisas chega-se a deduções *certas*. E fecho o parêntesis.

Concluindo, o raciocínio presuntivo deduz o conhecido do



desconhecido por via do princípio da identidade; o raciocínio indicativo por via do princípio de causalidade.

Mas quereis uma contraprova da verdade da nossa tese? A contraprova está na forma diversa em que costuma expressar-se a presunção e o indício; forma diversa, que só se explica com a nossa teoria.

O raciocínio indicativo reduz-se ordinariamente a um entimema, em que a maior é omitida; costuma dizer-se, por exemplo: Tício fugiu; logo *é* culpado. O raciocínio presuntivo, ao contrário, reduz-se ordinariamente à simples conclusão, suprimindo-se as duas premissas, maior e menor; costuma dizer-se, por exemplo, simplesmente: o argüido presume-se inocente. Na nossa teoria é clara a razão. Está no diverso caminho que se toma para chegar ao conhecido, a razão porque ao enunciar como prova a presunção, se costumam omitir ambas as premissas, e ao enunciar como prova o indício, se costuma suprimir unicamente a maior. Vejamos.

Tanto o raciocínio presuntivo como o indicativo teem sempre uma maior, que é dada pela experiência comum. Referiudo--nos aos exemplos precedentes, tanto o princípio específico da identidade, expresso pela proposição: *os homens são ordinariamente inocentes*; como o princípio específico da causalidade expresso pela proposição: *a fuga em certas condições dadas é ordinariamente efeito da consciência do crime*, tanto um princípio como o outro, dizia, são atingidos pela experiência comum, e julga-se por isso inútil enunciá-los. Eis porque a maior, tanto no raciocínio presuntivo como no indicativo, pode omitir-se igualmente: ela supõe-se em tôdas as consciências.

Quanto à menor, o caso é diverso, para ambos os raciocínios.

No raciocínio *presuntivo*, a maior só afirma a compreensão da pessoa ou da coisa particular no sujeito da *maior*, para poder em seguida atribuir à pessoa ou à coisa particular o que se atribui ao sujeito da *maior*. Assim, depois de se afirmar na *maior do* raciocínio, que *os homens são ordinariamente inocentes*, passa-se na *menor* a afirmar que o *argüido é um homem*, para poder-se em seguida concluir que ele é tomado como inocente

até prova em contrário. Ora, tanto neste caso, como no de qualquer outro raciocínio presuntivo, a compreensão do particular no geral, a continência do indivíduo na espécie, é uma percepção de consenso comum: é compreendido por todos intuitivamente: e eis porque se crê também completamente inútil enunciar a proposição que afirma esta continência, e se omite a menor como a maior. Este raciocínio presuntivo, como qualquer outro, costuma reduzir-se, por isso, na linguagem comum, à simples conclusão, e enuncia-se, unicamente, com as palavras: *o argüido presu-me-se inocente*.

Já assim não é, relativamente à menor do raciocínio *indicativo*. No raciocínio indicativo, a *menor* afirma em primeiro lugar toda a verificação de um efeito particular, para atribuir-lhe em seguida a causa que na maior se atribui ao efeito específico, em que por intuição se compreende o efeito particular. Por isso, depois de termos enunciado na maior do raciocínio que *a fuga, à primeira suspeita, é ordinariamente causada pela consciência do crime*, passa-se na menor a afirmar *a fuga do acusado*, para poder depois concluir que ele tem a consciência da sua criminalidade, e é, consequentemente culpado. Na menor deste raciocínio admite-se, por isso, sempre em primeiro lugar um facto particular, a que se quer atribuir uma dada causa; trata-se sempre de afirmar ou verificar um efeito particular, e todos vêem que não pode omitir-se a menor neste caso. Não só é necessário enunciar a menor; mas, mais ainda, é necessário prová-la; é necessário provar que aquele dado facto particular que se considera como efeito, de onde se quer subir ao conhecimento da causa, que aquele dado facto, que constitui o material do indício, se tenha verificado. Consequentemente, na enunciação do raciocínio indicativo, se é permitido omitir a *maior*, nunca pode permitir-se a omissão da *menor*; é necessário dizer, pelo menos: o acusado fugiu, logo é réu. Neste caso sucede o mesmo que no raciocínio indicativo; não se pretende deduzir a causa do efeito, mas o efeito da causa: a *menor*, em vez de conter a afirmação de um facto particular que se considera como efeito, deve conter a afirmação de um facto particular que se considera como causa.

Isto não muda nada: será sempre igualmente necessário enunciar e provar este facto particular causal, se quere concluir-se a sua relação com um outro facto que se considera como seu efeito. I A diversa natureza, portanto, como nós a determinamos, do raciocínio presuntivo e do indicativo explica-nos a diversa maneira como costuma enunciar-se a presunção e o indício; coisa que serve de contraprova à verdade do que afirmamos. Mantenhamos, pois, as nossas noções como as determinamos sob o ponto de vista da classificação; o desenvolvimento particular de cada uma das classes esclarecerá e completará melhor o nosso pensamento.

É necessário agora fazer um passo para trás. Começamos neste capítulo por determinar a natureza *lógica* do argumento probatório, e vimos que se parte sempre de uma ideia geral, conhecida, pela qual, supondo um facto particular conhecido, se chega ao conhecimento de um facto particular ignoto; procuramos determinar que espécie de ideia geral serve de premissa às provas, e vimos que pelo argumento probatório só pode permitir-se uma ideia geral *experimental*.

Agora que determinamos também a natureza *ontológica* do argumento probatório, e as classes em que conseqüentemente se divide a prova indirecta, julgamos oportuno tornar a considerar a natureza lógica especial da ideia geral de onde se parte, para poder em seguida referi-la a cada uma das classes da prova indirecta, à presunção e ao indício.

Qual é a regra lógica, pela qual o espírito humano se acha no direito de tirar de factos gerais uma conclusão particular? Deu-se um crime: os factos gerais da criação que ligação podem ter com esta individualidade criminosa, que chamamos delito?

No grande e indefinido acervo dos factos físicos e morais, existem conformidades no modo de ser e de actuar físico e moral da natureza. Todas estas conformidades, atendidas sob o ponto de vista da causa que as produz, constituem as que chamamos *leis naturais*, leis físicas e leis morais.

Se, ao contrário, atendermos a estas mesmas conformidades sob o ponto de vista da sua harmónica coexistência, constituem o que se chama a *ordem*, que se concretiza no facto *constante*,

ou no modo de ser e de actuar *constante* da natureza. É *constante*, o que se apresenta como verdadeiro *em todos os casos* particulares que se compreendem na espécie; é *ordinário* o que se apresenta como verdadeiro *no maior número dos casos* que se compreendem na espécie. Partindo da ideia de ordem como modo de ser e de actuar *constante* da espécie, deduzem-se conseqüên-

cias *certas* relativamente ao indivíduo; partindo da ideia de ordem como modo de ser e de actuar *ordinário* da espécie, deduzem-se conseqüências prováveis relativamente ao indivíduo: o *constante* da espécie é lei de certeza para o indivíduo; o *ordinário* da espécie é lei de probabilidade para o indivíduo.

Dissemos que o espírito partindo do conhecimento de uma coisa chega ao conhecimento de outra, quer sob a luz do princípio de causalidade, quer sob a luz do princípio de identidade.

Emquanto à relação de causalidade, como meio de conhecimento, quer se parta da ideia geral do modo de ser e de actuar *constante* da natureza, quer se parta da ideia geral do modo de ser e de actuar *ordinário* da natureza, tem-se sempre uma prova indirecta, tem-se sempre um indício, porquanto a causa ó sempre uma coisa diversa do efeito, e a percepção de uma relação, constante ou ordinária que seja, entre causa e efeito, não destrói a sua diversidade; e por isso conhecer por relação de causalidade, é sempre conhecer *uma coisa* pelo conhecimento *de outra*, é sempre conhecer por meio indirecto; é sempre conhecer por meio de indício. Consequentemente, no indício pode partir-se em tese geral, tanto da ideia do ordinário, como da ideia do constante modo de ser e de actuar da natureza. Mas é importante vêr, em particular, como é que as coisas costumam funcionar como indício, se subordinadas à ideia do *ordinário*, ou à do *constante* modo de actuar da natureza.

Um dado facto só pode ser revelador de outro pelo seu *natural modo* de ser, ou pelas *alterações* introduzidas no seu natural modo de ser; e este facto revelador pode ser um facto interno da consciência humana, ou um facto externo físico.

Relativamente aos *factos internos* do espírito humano, não é necessário fazer distinções. Estes nunca podem referir-se a leis-

infalíveis; pois que as diversas casualidades do espírito, e principalmente o influxo do livre arbítrio, produzem anomalias contrárias à lei: pode por conseguinte, relativamente a facto» internos da consciência, haver leis *para o maior número dos casos*, e não para todos os casos; leis morais de probabilidade, e não de certeza. Por outros termos, a propósito de fenómenos morais, tomados como reveladores de outro facto, só é possível colocarmo-nos sob o ponto de vista do que é ordinário para a espécie, e não do que é constante. O ódio feroz de Tício para com Gaio, nunca poderá, como causa em relação ao efeito, indicar com cer-teza em Tício o assassino de Caio. O prazer mal dissimulado por Tício pelo assassinato de Caio, também não poderá, como efeito em relação à causa, indicar com certeza em Tício o assassino de Caio.

Emquanto às *coisas materiais*, é conveniente distinguir. Começemos por considerá-las como efeito revelador da causa, para passar depois a considerá-las como causa reveladora do efeito.

Uma coisa material pode ser, como efeito, reveladora de um facto causal, quer pelas *modificações* nela introduzidas, quer pelas *modalidades naturais* que lhe são próprias.

As modificações introduzidas nas coisas materiais resol-vem-86, como veremos ao falar das provas reais, nas modalidades extrínsecas de *alteração* ou de *locomoção* das coisas. Ora, podendo, tanto a alteração como a locomoção, ser determinadas, quer pela livre acção de qualquer homem, quer pela possível influência múltíplice de mil coisas sobre uma, segue-se que estas modalidades introduzidas nas coisas não podem referir-se a leis infalíveis, ao revelarem a sua causa; podendo apresentar anomalias. Elas podem referir-se a leis *para o maior número* de casos, não para *todos os casos*; a leis físicas de probabilidade, não de certeza. Noutros termos, a propósito de modificações materiais, tomadas como reveladoras de um dado facto causal, não podemos colocar-nos senão sob o ponto de vista do que é *ordinário*, e não do que é *constante*.

Mas as coisas, por vezes, fazem pensar, já não na causa de uma *modificação* sua; mas fazem pensar na sua causa, devido ao

seu *natural modo* de ser: isto é, quando a coisa é considerada nas modalidades próprias da sua natureza, não em uma modificação extrínseca que lhe foi introduzida, isto é, quando a coisa é considerada como *produzida*, e não como *modificada*. Ora, entre os efeitos desta espécie e as suas causas, o espírito percebe por vezes não só relações *ordinárias*, mas *constantes*; e existem então os raríssimos indícios necessários. Assim, a criança que, devido às suas condições naturais de ser de recém-nascida, revela um parto recente, revela-o não só pelas alterações introduzidas na sua modalidade natural, não só por alterações ou por locomoções, mas pelo seu modo de ser natural e constante; e revela-o de um modo constante. O nascimento portanto de uma criança de uma mulher, leva a afirmar com certeza a cópula carnal precedente dela com um homem; e tratando-se de mulher casada, admitindo-se a certeza do afastamento do marido durante o período possível da concepção, leva a afirmar com certeza o adultério dela. Mas os indícios necessários desta espécie são raros, além de tudo o que se diz, em juízo penal.

Passemos a considerar as coisas materiais como *causa* reveladora do efeito. Sob este ponto de vista, a coisa só é considerada emquanto ao seu *modo natural de ser*, intrínseco ou extrínseco: uma coisa devido ao seu modo natural de ser faz pensar em outra coisa como seu efeito. Ora, uma coisa não funciona como prova indirecta, indicando outra como causa do efeito, senão porque por sua natureza se considera *capaz de produzir* aquela outra coisa como efeito, e não porque *a tenha realmente produzido*. Por outros termos, uma coisa contingente não pode só por si, levar à suposição de que tenha necessariamente produzido um efeito, mas que o podia ter produzido. Num julgamento penal trata-se de verificar um facto humano, o facto do crime; ora as coisas não podem actuar sobre este facto humano com uma influência necessária, mas simplesmente com uma influência provável. É esta influência causal das coisas, nos factos humanos, realiza-se frequentemente assumindo a função de prova, logo que o homem incorpora, direi assim, na própria acção estritamente pessoal, coisas estranhas, para as fazer funcionar como

meio, como quando o delinquente faz entrar na ordem da sua actividade criminosa uma alavanca, uma escada, um punhal. Um dado punhal, confrontado com uma dada ferida, *pode ser* o que na realidade a produziu; uma dada alavanca, confrontada com a porta fôrçada, *pode ser* a que a forçou realmente; uma dada escada, confrontada com um muro que foi escalado, *pode ser* a que na realidade serviu para o escalar.

Para a verificação, pois, daquele facto que se chama crime, uma coisa não pode servir para o indicar como causa daquele efeito, senão com probabilidade, e não com certeza, isto é, sob o ponto de vista do que é *ordinário* para a espécie, e não do que é *constante*.

E concluindo: no argumento probatório, em geral, que se chama indício, parte-se quási sempre da ideia geral do que é ordinário, e rarissimamente da ideia geral do que é constante para a espécie.

E passemos a considerar a presunção, que, como dissemos, tem por ponto de partida a relação de identidade.

Emquanto à relação de identidade como meio de conhecimento, é necessário observar que esta relação não pode ser geradora daquela prova *indirecta*, que se chama presunção, senão quando se parte da ideia geral do *ordinário* modo de ser da natureza. Se, a propósito de relação de identidade, se parte, ao contrário, da ideia do *constante* modo de ser da natureza, o quase percebe como *constante* na espécie, percebe-se como *infalível* no indivíduo; e o que se percebe como infalível no indivíduo, atribui-se-lhe de um modo *directo*, e não de modo *indirecto*. Não pode obter-se, repetimo-lo, pela via da identidade, aquela prova indirecta que se chama presunção, quando se parta da ideia do *ordinário* modo de ser da natureza; é então, que percebendo-se um atributo como respeitante a uma espécie, e consequentemente em relação de identidade parcial com ela, se passa a atribuí-lo ao indivíduo, não como *infalível* nêle, mas como provável; passa-se a atribuí-lo ao indivíduo, não como respeitante à sua natureza individual, o que seria atribuí-lo dê um modo-directo, mas como respeitante à espécie á que o indivíduo per-

tence; o que é atribuí-lo ao indivíduo de um modo *indirecto*. Quando se fala, pois, da prova indirecta que constitui a *presunção*, supõe-se sempre que no argumento probatório se parte do *ordinário* modo de ser da natureza.

I E assim que, à parte os casos excepcionais em que a força probatória do indício derive de uma lei constante, o ordinário é portanto a base fundamental e lógica da prova indirecta em geral: eis a relação entre os factos gerais do mundo físico e do mundo moral, por um lado, e o facto particular do crime, do outro.

O ordinário da espécie, *emquanto aos sujeitos em si e nos seus atributos*, faz *presumir* o particular do indivíduo: eis a árvore genealógica de todas as presunções.

O ordinário da espécie *emquanto à relação de causalidade entre diversos sujeitos*, faz com que uma coisa, individualmente, *indique* a outra: eis a árvore genealógica de quasi todos os indícios.

A teoria do ordinário, portanto, é a base tanto dos indícios, como das presunções: influência ordinária entre causa e efeito; aderência ordinária de uma quantidade a um sujeito. Antes de fechar este capítulo, e de passar ao exame particular das classes, julgamos oportuno fazer uma observação complementar de índole comum.

Expuzemos o critério fundamental, que julgamos exacto, para a distinção entre a presunção e o indício; vimos, assim, que] não deve confundir-se uma com o outro. Mas não se julgue por isso, que o indício e a presunção ficam separados nitidamente, de maneira que quando existe um se não possa falar da outra. Isso não seria verdadeiro. Antes de mais nada, como a presunção presta sempre o seu serviço para estabelecer a credibilidade subjectiva de qualquer prova, concorre também por isso para estabelecer a credibilidade subjectiva do indício: é depois de se ter *presumido a genuinidade subjectiva* do facto indicador, deduzindo-a do ordinário modo de ser dos factos daquela espécie; é depois de se ter julgado que ele não se apresenta assim por obra da malícia humana, isto é, por obra de uma acção destinada a enganar; ó depois de uma tal *presunção*, que se passa a fazer valer o *indicio* na sua substância probatória, como indicativo



daquele dado facto que se pretende verificar. É a presunção que começa por acreditar a subjectividade do indício, como, de resto, a de toda e qualquer prova.

Mas além disso, à parte o concurso da presunção na apreciação subjectiva do indício; mesmo emquanto ao conteúdo, muitas vezes a presunção e o indício cruzam-se e auxiliam-se. Por isso, em todos os casos em que o elemento material faz admitir o elemento intencional, quando *res ipsa in se dolum habet*, em suma, nos casos de presunção de dolo, existe sempre a acumulação da presunção e do indício. Começa-se pela presunção de que o acusado actuou com inteligência, porquanto todos os homens costumam ordinariamente proceder desta forma; e esta é uma *presunção* verdadeira. Vê-se depois que o elemento material não pode corresponder senão a um dado fim, e conclui-se que por isso o agente encaminhou a sua acção para aquele fim; o elemento material torna-se, assim, *indicio* particular do dolo.

Eis como a presunção e o indício se cruzam e auxiliam; e eis como certos argumentos probatórios podem chamar-se por um lado presunções, e por outro, indícios. Mas comquanto a presunção e o indício se cruzem e se ajudem, não é já porque se confundam; conservam-se sempre distintas na sua natureza específica, que é determinada pelo nosso critério acima exposto.

## TITULO I DO CAPÍTULO III

### Presunção

Dissemos em primeiro lugar, que o raciocínio presuntivo deduz o conhecido do desconhecido partindo do princípio de identidade, emquanto que o raciocínio indicativo deduz o conhecido do desconhecido partindo do princípio de causalidade.

Á presunção não é para nós mais que uma espécie da prova indirecta.

A êste nosso conceito, ainda não apresentado até aqui por pessoa alguma, opõem-se duas noções diversas. Disseram alguns:

a presunção não se distingue do indício; constitui com êle uma coisa única. Disseram outros: a presunção não só não é o indício, como também não é prova de modo algum; ó um meio de certeza estranho à prova. É conveniente lançar uma vista de olhos a cada uma destas opiniões, antes de passarmos à confirmação da nossa.

Os escritores que confundiram a presunção com o indício, deixaram-se vencer pela linguagem vulgar; linguagem vulgar que se deixou, por sua vez, arrastar pela etimologia indeterminada da palavra. *Praesumer*, quási tomar antecipadamente uma opinião; etimologia genérica e indeterminada do vocábulo, que lança a suspeita sôbre a coisa que significa. E a linguagem vulgar, continuando em harmonia com as razões etimológicas, também empregou esta palavra com os seus derivados para significar um vício moral, próprio dos espíritos vulgares; e confirmou com isso a condenação daquele significado equívoco da palavra.

Como vício moral, a presunção é a soberba dos insignificantes; como argumento lógico mal usado, é a certeza dos idiotas: baixaza, em todo o caso, moral ou intelectual.

A linguagem comum não tem dado consequentemente à palavra *presunção* mais que um sentido muito geral e indeterminado; e isto explica-se tanto nêste, como em mil outros casos. O senso comum que se alimenta de visões intuitivas, se tem o poder da síntese, não tem o da análise. Compete ao homem de ciência destrinçar das sínteses iniciais, indeterminadas e por isso muitas vezes confusas, do senso comum, as noções analíticas, claras, precisas e distintas, afim de as reunir claramente, e coordená-las em seguida nas altas harmonias da síntese científica.

A lógica criminal tem a obrigação de determinar a noção científica da presunção. E que a presunção tem direito a uma noção sua, própria, deduz-se de que, embora a ciência não tenha até aqui determinado a sua noção, comtudo, muitas vezes, quando fala de presunção, fala dela num sentido especial, que leva lógicamente à suposição de que a presunção ó alguma coisa diversa do indício. Quereis uma prova disto? Apresentai aos próprios defensores da identidade entre presunção e indício argumentos

lógicos, que a ciência só chama com o nome de presunções, e verificai um pouco se êles são capazes de consentir que o seu espírito lhes dê o nome de indício. Os próprios defensores da identidade entre presunção e indício, nunca conseguirão nem poderão dizer, por exemplo, que ao acusado assiste o *indício* da inocência até prova em contrário; dirão sempre e sempre que lhe assiste a *presunção* da inocência.

Porque é isto? Porque intuitivamente se vê que a presunção é uma coisa diversa do indício, comquanto se não tenham determinado scientificamente as respectivas noções e diferenças; porque se sente, comquanto se não saibam dar as razões, que o argumento lógico, que leva a julgar inocente o acusado, é uma verdadeira presunção, e não um indício.

Passemos agora à segunda opinião que contradiz a nossa. A presunção, dizem outros escritores, é um meio de certeza, mas não é uma prova. Esta opinião não nos parece menos errônea que a primeira.

Antes de mais nada, julgo perigoso classificar a presunção como uma fonte especial de certeza criminal estranha à prova, seja porque isto pode insinuar no espírito o desprezo pela prova, mostrando que sem ela pode alcançar-se a certeza, seja porque a presunção, quando não é considerada como argumento probatório, não revela a sua verdadeira natureza, e adquire por isso na consciência do juiz leviano uma importância exagerada. Tirando a presunção, que é a espécie, do seu género, que é a prova indirecta, perde-se todo o critério lógico para avaliar a sua natureza. Arrastando-o pois directamente para fora do campo das provas, cria-se a perigosíssima dualidade de uma convicção produzida pelas provas, e de uma convicção produzida pelas presunções, que se apresentam, por isso, como argumentos bastardos de uma progenitura duvidosa, indefinidos e indefiníveis, no campo da lógica judiciária: não podem trazer senão confusão.

Mas porque é que, tendo-se admitido a natureza de prova no indício, se não quis admiti-la na presunção? A razão aparece claramente da diferente noção de uma e de outra; diferença por nós já anteriormente determinada, e para que remetemos. Quando

(se faz valer a fuga de Ticio como indício da sua criminalidade, a fuga é um facto particular diverso da criminalidade, e que necessita não só ser enunciado, mas também ser particularmente provado: vê-se em tudo isto claramente a natureza do argumento probatório. Quando, ao contrário, se apresenta com a fórmula elíptica: o acusado Ticio deve presumir-se inocente até prova em contrário; não se descobre à primeira vista qual é o facto de que se parte para chegar à presunção, que na realidade não parece dar lugar a conclusão; aquele facto dissimula-se não sendo necessário prová-lo, e parece portanto não se tratar de prova, mas de uma simples apreciação subjectiva. Mas não é assim; há sempre *um facto conhecido* de que se parte para chegar ao *desconhecido* que se presume, e aquêlê facto de onde se parte é um facto que se tem sob os olhos, e que não precisa por isso ser provado, nem enunciado. O facto que nos leva à presunção da inocência do argüido, é a sua *qualidade de homem*, que, por incluir o ser pertencente à espécie humana, ordinariamente inocente, nos faz concluir pela presunção da inocência, ou por outros termos, pela probabilidade da inocência do acusado. A qualidade de homem no acusado, que é o *material* da presunção, salta aos olhos e prova-se por si só; é inútil enunciá-la. A consequente pertinência dessa qualidade à espécie humana, é também uma verdade intuitiva, que não necessita ser enunciada. No raciocínio presuntivo, procedendo-se em relação à identidade, como já vimos, existe uma tal simultaneidade de percepção das três proposições, que não se enuncia mais que uma só delas: a conclusão. Mas não quer isto dizer que na presunção não exista um facto particular de que se parte, nem que se parta de dados sem o apoio da prova. Não se sai da esfera das provas; há sempre um facto probatório; e para afirmar a verdade dêste facto probatório temos a visão directa de nossos olhos, e dos de qualquer outro homem; assim como para a eficácia de prova que se atribui a êsse facto temos, além do nosso testemunho, os testemunhos de todos os homens, testemunhos registados naquele livro precioso da consciência humana que se chama *senso comum*. Não há por isso razão para negar à presunção a sua natureza de prova.

Voltemos por isso a nossa noção: a presunção não é mais que uma espécie de prova indirecta.

Relativamente à qualidade indirecta da presunção é necessário demorarmo-nos um pouco para esclarecer o seu conceito, prevenindo objecções possíveis e especiosas.

Dissemos que o raciocínio presuntivo deduz o conhecido do desconhecido por meio do principio da identidade. Dissemos que entre um sujeito e os seus atributos há sempre identidade parcial. Ora, considerando que em toda a presunção, não se faz senão apropriar um atributo a um sujeito, e considerando que o atributo é o *desconhecido* que se chega a conhecer, do mesmo modo que o sujeito é o *conhecido* que serve a fazê-lo conhecer, resulta, pela identidade parcial que afirmamos existir entre sujeito e atributo, que há identidade entre o conhecido e o desconhecido, ou seja entre a prova e a coisa provada; e parecerá por isso que a presunção, como argumento probatório, tem um conteúdo de prova directa para o juiz que dela se serve. Mas não é assim. Em matéria de provas, para determinar a sua natureza, é necessário atender ao caminho pelo qual a mente passa da prova à coisa provada. Ora, quando por meio do raciocínio presuntivo se afirma no indivíduo um atributo, aquele atributo afirma-se não percebendo-o directamente no indivíduo a que se refere, mas percebendo-o na espécie; e portanto aquela afirmação do atributo individual é uma afirmação indirecta. Assim, tratando-se do indivíduo humano, e dos atributos que, pela sua qualidade de homem, lhe são atribuídos pela presunção, deve ser a sua qualidade de homem que se percebe directamente, como uma prova directa real; mas os atributos que se lhe atribuem, porque pertencem à espécie humana, atribuem-se-lhe indirectamente, como sendo percebidos na espécie, e não no próprio indivíduo a quem são atribuídos.

Já o dissemos, em matéria de presunção parte-se da ideia do que é *ordinário* e não da do que é *constante* para a espécie. Na presunção, atribui-se uma qualidade a um sujeito, pelo facto de se achar ordinariamente ligada aos sujeitos daquela espécie. A ligação ordinária de uma qualidade a um sujeito, é a ligação no maior número dos casos compreendida na espécie; de modo

que casos há, sempre compreendidos na mesma espécie, em que aquela ligação não se verifica. Se nós, raciocinando, atribuíssemos um predicado a um indivíduo, porque o percebemos como predicado *constantemente* próprio da espécie, e, consequentemente, infalivelmente ligado a todos os indivíduos pertencentes à espécie; então, comquanto seja sempre o caminho indirecto que percorremos para atribuir aquele predicado ao indivíduo, acabaremos comtudo por atribuí-lo de um modo directo; pois que perceber um predicado como infalível em um sujeito, é percebê-lo no próprio sujeito. Nêste caso, não há que falar de percepção e de prova indirecta, comquanto por motivo de método intelectual se tivesse seguido uma via indirecta. Estamos sempre em face de uma percepção directa pura e simples, a que nos conduzia um método logicamente indirecto: já se não trata de *presumir* uma dada coisa, mas de a perceber como coisa evidentemente certa.

Mas não é êste o caso da *presunção*. Nós não partimos, já o dissemos, da ideia do que é *constante* na espécie, relativamente a todos os seus indivíduos; mas da ideia do que é *ordinário*; e o ordinário da *presunção* é a ligação de um atributo a um sujeito *no maior número dos casos* compreendidos na espécie, e não *em todos os casos*; e por isso a ligação ordinária de um predicado à colectividade dos indivíduos de uma espécie, resolve-se em uma ligação *provável* do próprio predicado a um indivíduo particular.

Existe sempre identidade, porquanto todo o ser compreende na sua totalidade também os seus atributos, e entre o atributo e o ser, como aquele se apresenta ligado a êste, há, por isso, identidade parcial; mas esta identidade apresenta-se sempre ao nosso espírito não como identidade efectiva com o indivíduo, mas com a espécie; com o indivíduo a identidade apresenta-se simplesmente como provável. Não percebemos, por isso, aquele predicado, em si mesmo, no indivíduo a quem o referimos, mas percebemo-lo no maior número dos indivíduos da mesma espécie, e atribuimo-lo por isso, *como provavelmente ligado*, a um indivíduo particular, ou, então, presumimo-lo no indivíduo. Todos vêem como nêste caso a *presunção* fica sempre indirecta, e a prova que nos conduz

a esta presunção é sempre prova indirecta. Parece-me ter, assim, esclarecido o carácter de prova indirecta da presunção.

Do que temos dito no capítulo precedente, e neste, sobre a natureza do *ordinário*, isto é, sobre a natureza daquela ideia geral e experimental que é o conteúdo da premissa maior de todo o raciocínio presuntivo, resulta claramente qual é o valor probatório da presunção. Como a presunção parte sempre não da ideia do que é *constante*, mas da ideia do que é *ordinário* para a espécie, segue-se que a presunção é argumento probatório de simples probabilidade, e nunca de certeza.

As presunções dividem-se geralmente em *simples* e *legais*: presunções *simples*, as que se entregam, pelo seu valor probatório, à livre apreciação do juiz; presunções *legais*, aquelas a que a lei atribui um determinado valor de prova. Mas para nós que nos declaramos contra todas as provas legais, esta distinção não tem valor científico; para nós as presunções legais são as irracionais; racionalmente para nós, só há que falar, em matéria criminal, de presunções simples. Somente sob o ponto de vista do facto legislativo, diremos também uma palavra sobre presunções legais, no final desta parte especial, depois de termos falado dos indícios. E propomo-nos a falar delas não aqui, mas no fim, porquanto, tendo a legislação aceitado da linguagem comum o sentido genérico de prova indirecta dado à palavra *presunção*, compreendeu nela também os indícios. B por isso aquelas provas legais que tem corrido na legislação positiva e na escola, sob a simples denominação de presunções, não são na realidade todas elas presunções, mas compreendem ao mesmo tempo indícios e presunções. É lógico, portanto, falar delas depois de ter tratado especificadamente das presunções e dos indícios.

Querendo apresentar uma classificação das presunções para as exemplificar, o mais lógico é partir do ponto de vista objectivo, isto é, do ponto de vista da natureza daquilo que se presume.

A presunção não é senão a afirmação da ligação ordinária de uma qualidade a um sujeito: consequentemente, ou se tem presunções sobre o sujeito *homem*, considerado, exclusivamente ou não, como ente moral, ou sobre a *coisa*, compreendendo nela

o homem considerado como ser *puramente* físico: presunções do homem, as primeiras; presunções das coisas, as segundas.

A importância probatória das presunções está quasi toda nas *presunções do homem*. Atribui-se uma dada qualidade ao homem em geral, ou a uma dada espécie de homens, e conclui-se atribuindo-a ao homem indivíduo: é o grande campo das presunções que tem valor em todas as matérias que respeitam a factos humanos ou a afirmações humanas. É assim importante a presunção da inocência, e a da menor criminalidade, de que falamos a propósito do onus da prova. É sempre importante por isso a presunção de que a inteligência acompanha a acção, presunção que se resolve, em certas condições, na que se chama presunção de dolo, de que falamos a propósito de onus da prova, e a propósito de elemento intencional do crime, e da qual presunção indicamos a própria natureza, mixta de indício, no final do capítulo precedente. E por isso também importante a presunção da veracidade ordinária do homem, presunção, que como veremos, é o primeiro e fundamental argumento da credibilidade subjectiva de toda a afirmação pessoal. E em mil casos, repetimo-lo, que as presunções do homem tem grandíssima importância em matéria de prova penal.

Há, pois, as *presunções das coisas*, quando se atribui uma qualidade às coisas em geral ou a uma espécie de coisas, e conclui-se atribuindo-a à coisa individual. À esta espécie pertence uma presunção importante a que eu chamarei de *identidade intrínseca* das coisas, e é aquela pela qual se crê com probabilidade, antes de qualquer outra prova, que uma coisa seja actualmente, em si mesma, precisamente aquilo que aparece, pois que ordinariamente as coisas são o que parecem ser, sob a fé da experiência comum. O que nos aparece como uma bengala, presume-se ser nada mais que uma bengala, e não uma arma explosiva: é uma presunção de identidade substancial e *intrínseca*.

E à mesma espécie pertence ainda uma outra presunção mais importante que a primeira, e a que eu chamarei de *identidade extrínseca*, ou de genuinidade das coisas. Esta presunção "tem um duplo conteúdo.



Em primeiro lugar, pela presunção de genuinidade, a coisa que, pelas suas determinações individuais distintivas, parece ser a que Tício possuía, presume-se ser propriamente a que Tício possuía numa dada ocasião; e de um modo geral, a coisa que pelas suas aparências distintivas mostra ter uma relação de pertinência com uma dada pessoa, com um dado tempo ou com um dado lugar, presume-se que tenha esta relação: é uma presunção de identidade substancial e *extrínseca*.

Em segundo lugar, sempre pela mesma presunção de genuinidade, crê-se, antes de qualquer outra prova, que uma coisa, nem quanto ao modo, nem emquanto ao lugar, nem emquanto ao tempo não tenha sido falsificada por obra maliciosa do homem; pois que geral e ordinariamente as coisas se apresentam sem falsificação maliciosa, sob a fé da experiência comum. E esta é uma presunção de identidade formal e *extrínseca*. Assim o punhal que aparece manchado de sangue, presume-se ter ficado nas condições particulares em que foi encontrado, quer pelo uso que dele fez o proprietário, quer por um facto casual, e não adulterado assim pela acção maliciosa do homem, destinada a enganar com aquela aparência. Assim, também, o veneno encontrado no armário de um indivíduo que dele possui a chave, presume-se aí pôsto por ele, e não introduzido aí dolosamente por obra maliciosa de outrem.

Estas duas presunções sobre coisas que chamamos de identidade intrínseca e de identidade extrínseca, são o fundamento da credibilidade subjectiva das provas reais, e são de grande importância para os juízos humanos. Sem elas achar-nos hemos condenados a vaguear no meio de um grande vácuo de sombras e de ficções. O mundo externo não se nos revela senão pelas suas aparências; as visões do espírito são precedidas e dirigidas pelas do corpo. Se o pensamento humano, em tudo o que aparece fisicamente, não tivesse de descobrir à primeira vista senão uma ilusão, um lôgro e uma insídia, o pensamento, desconfortado e repellido do mundo exterior, só poderia refugiar-se na solidão da consciência, por duvidar de tudo.

## TÍTULO II DO CAPÍTULO III

### Indício

#### **Parágrafo 1.º do Título II — Indício em geral**

Tanto ao desenvolver o conceito genérico da prova indirecta e ao determinar as bases da sua classificação fundamental, como ao falar em particular da primeira espécie das provas indirectas, que é a presunção, temos determinado em grande parte o conceito da segunda espécie, que é o indício.

Em vista de tudo quanto temos dito, toda a prova indirecta, quer seja presunção quer indício, tem a forma lógica do raciocínio. Mas enquanto o raciocínio presuntivo parte do conhecido para o desconhecido sob a luz do princípio de identidade, o raciocínio indicativo parte, ao contrário, do conhecido para o desconhecido sob a luz do princípio de causalidade.

O indício, portanto, é uma das duas espécies da prova indirecta, de que a outra é a presunção.

A esta noção que apresentamos do indício, opõem-se duas escolas.

Sustenta-se, por um lado, que o indício e a presunção são a mesma coisa. Já combatemos esta opinião a propósito da presunção, mostrando como ela só tem por base a falta de análise lógica. Os próprios defensores desta opinião, já o dissemos, quando se encontram em face de algumas presunções verdadeiras, não sabem como resolver-se a chamar-lhes indícios; não sabem nem saberão nunca resolver-se a chamar indício à presunção de inocência que assiste ao arguido até prova em contrário. Como poderá isso ser, se presunção e indício são uma só coisa? Vê-se claramente que esta afirmação de identidade não se funda em um convencimento lógico, mas deriva simplesmente da falta de percepção das diferenças substanciais, que existem entre presunção e indício. Nega-se, *em geral*, a distinção entre uma e outro, unicamente porque se não alcançam as suas noções diferenciais;

e quando, por isso, *em particular*, temos em nossa frente uma verdadeira presunção, não temos a coragem de lhe chamar indício, porque a razão pressente confusamente que existe nela qualquer coisa de especial, que não permite a sua confusão com o indício.

A opinião da identidade entre a presunção e o indício, não se funda pois sobre convicção alguma lógica; e deve por isso ser rejeitada sem mais.

Mas outra opinião há que se opõe à nossa. Alguns, postergando a natureza da prova indirecta do indício, não viram nela senão uma designação colectiva das provas imperfeitas. Tôda a prova imperfeita, qualquer que seja o seu conteúdo, é um indício. Opinião estranha, esta, que traz uma confusão babélica para o campo das provas. Segundo esta opinião, a mesma prova ora é indício, ora não o é, sem que coisa alguma se mude na sua natureza: assim, o testemunho único que se considera imperfeito, é um indício; se se junta outro testemunho, deixando de existir a imperfeição por motivo de ser único, já não é indício. O indício tomado neste sentido, é alguma coisa de indeterminado, que só serve para originar confusão. A imperfeição das provas pode referir-se ao conteúdo, ao sujeito e à forma probatória; tudo isto, pois, se compreenderia no indício, e com que vantagem para as determinações científicas, todos o vêem. Esta opinião nasceu de alguns artigos da *Carolina*, que enumeraram entre os indícios o depoimento de uma só testemunha, e a confissão extra-judicial, sem atender naturalmente à sua *natureza* de prova, mas sim ao seu *valor* probatório. E não é para espantar que esta opinião tenha encontrado defensores: qual é a opinião que os não encontra? É antes para admirar vêr como esta opinião tenha sido também seguida, inconscientemente, por muitíssimos; e ainda mais é para admirar, encontrar entre estes adeptos inconscientes também homens de alto engenho. Depois de terem estabelecido em princípio a natureza de prova indirecta do indício, querem enumerar entre os indícios o depoimento de várias testemunhas não idóneas, o depoimento de uma única testemunha, a confissão extra-judicial, o depoimento do ofendido, a acusação de um sócio,

formas de prova, tôdas elas, que podem ter um conteúdo tanto-directo, como indirecto, e que, por isso, principalmente, não são tomadas em conta, e não teem importância, senão emquanto se apresentam com um conteúdo directo.

O pobre leitor consciencioso, que tem por hábito ler meditando, quando se encontra em face de tais contradições, expostas com uma grande desenvoltura como verdades não contestadas e não contestáveis para pessoa alguma, fica, à primeira vista, desorientado: não sabe se há de suspeitar do autor, de si, ou da razão humana. O autor fica com a melhor; e o pobre leitor, as mais das vezes, é induzido a suspeitar de si; e pensa que nas ideias científicas há lados que êle não sabe atingir. Vê então na-ciência uma Deusa misteriosa, que só se revela aos seus sacerdotes, uma Isis que não se desvela perante os olhos profanos; e sente-se profano e não admitido no templo. Às vezes, porém, em lugar de se prostrar nesta humilde dúvida de si mesmo, o leitor envolve numa só dúvida, o que é peor, o autor, a si e a todos, e perde a fé na razão humana, pelo menos no que respeita à ciência. O melhor partido é o mais raro; o de atribuir ao autor, o que lhe é de atribuir: a sua contradição; e é o mais raro por isso que é o mais fatigante, obrigando não só a vêr em que está lógica e geneticamente o erro; mas a fixar, em seu lugar, a verdade, de um modo determinado e racional. Duvidar é sempre mais fácil que afirmar, quando se quer assentar na dúvida; e por isso ao lado da dúvida investigadora, da dúvida que não descansa, da dúvida dos espíritos fortes, dúvida que se resolve na tendência para a afirmação racional, há outra espécie de dúvida: uma dúvida inerte, que não tende a coisa alguma, e em que se adormenta a grande massa dos espíritos fracos, uma dúvida que é filha natural da inércia do pensamento, e que constitui a ciência cómoda dos indolentes. Mas a quem escreve em matéria científica não se consente semelhante preguiça. Tem obrigação de apurar e de combater os erros dos escritores que o precederam; os que se lhe seguirem, combaterão os seus. O campo dos erros vai-se, assim, restringindo, e o das verdades alargando, e a razão humana, por um progresso incessante, vai-se aproxi-

mando cada vez mais daquela alta e completa harmonia das verdades, que é a nobre aspiração da inteligência humana.

Voltando, pois, ao assunto, o indício, que pode ser perfeito e imperfeito, não pode ser tomado como equivalente da prova imperfeita.

Se aquêles indivíduos que deram esta significação à palavra indício, tivessem usado outra palavra para significar aquela espécie de prova indirecta, que nós classificamos sob o mesmo nome de indício, a nossa não seria mais que uma questão de palavras. Mas não: aquela espécie de prova indirecta, -que denominamos indício, fica para êles sem nome particular e sem uma noção exacta em crítica criminal. A nossa questão não é conseguintemente uma questão de palavras; é uma questão de ideias; e por isso, ao mesmo tempo que rejeitamos como errônea a definição do indício, protestamos contra a estranha contradição dos que em abstracto lhe dão um sentido de prova indirecta, e em concreto colocam entre os indícios também as provas directas, quando imperfeitas.

Confirmamos, por conta própria, novamente aqui a nossa noção: o indício é aquele argumento probatório indirecto que deduz o desconhecido do conhecido por meio da relação de causalidade.

Mas qual é a força substancial e probatória do indício? A medida desta força probatória só pode encontrar-se na natureza íntima da prova que examinamos; natureza íntima, que determinamos em uma relação específica de causalidade. É necessário, por isso, para conhecer a força probatória do indício, investigar em particular a força da relação específica de causalidade que nêle liga o desconhecido ao conhecido.

Já vimos, falando da prova indirecta em geral, qual é a forma lógica do indício. A sua forma lógica, dissemos, é o raciocínio. Reuni todos os indícios possíveis, fazei a sua análise lógica, e encontrar-vos heis sempre em frente de uma premissa maior, que tem por conteúdo um juízo específico de causalidade; de uma premissa menor, que afirma a existência de um sujeito particular que se contém no sujeito específico da maior; e de uma

conclusão que atribui ao sujeito particular em questão o predicado atribuído à maior ao sujeito específico. Nesta conclusão, assenta propriamente o argumento probatório. Não é inútil aqui um esclarecimento. Falamos de juízo *específico* e de sujeito *específico* por exactidão de linguagem, porquanto o juízo verdadeiramente genérico de causalidade é o próprio *principio* de causalidade : todo o fenómeno supõe a causa. O juízo de causalidade expresso pela maior do raciocínio indicativo não exprime

pròpriamente senão a relação entre uma espécie de causas e uma espécie de efeitos; eis em que sentido o chamamos específico. Compreende-se, pois, que este juízo *específico* de causalidade é sempre *geral* relativamente ao juízo *particular* que se quer dêle deduzir. Dado este esclarecimento, que nos parece útil, prossigamos.

Vimos também, anteriormente, que a ideia mais geral, contida no juízo da maior, nos é dada pela experiência, que a deduz por indução da observação das várias particularidades. Vimos, além disso, que esta ideia geral de que se parte, consiste, para o indício *quasi sempre*, e *sempre* para a presunção, no modo de ser e de actuar *ordinário* da natureza. Remetendo para o completo desenvolvimento das teorias, relativamente a este ponto, para o que dissemos anteriormente nesta mesma Parte do livro, julgamos oportuno considerar aqui de novo a força da relação, que no indício nos conduz do conhecido ao desconhecido, para fixar assim o valor do indício.

No indício a coisa que se apresenta como conhecida, é sempre diversa da coisa desconhecida que se faz conhecer. Ora, uma coisa conhecida só nos pode provar uma coisa desconhecida diversa, quando se nos apresenta como sua causa ou como seu efeito, porquanto entre coisas diversas não há, como demonstramos, senão a relação da causalidade que possa conduzir de uma a outra. A coisa conhecida, que, enquanto serve para indicar a desconhecida, pode chamar-se também coisa indicadora, pode apresentar-se tanto como uma causa, como um efeito; e esta coisa indicadora pode consistir em um *facto interno* da consciência, ou em um *facto externo* do mundo.

Quanto aos factos internos da consciência, vêmos bem claramente, que êles, quer como causa, quer como efeito, só podem dar lugar a indícios contingentes. É útil, por isso, sòmente, falar de novo sôbre a eficácia probatória possível dos factos externos.

O facto externo que serve de coisa indicadora, se se apresenta como potência causal, só pode provar o seu efeito de um modo mais ou menos provável; nunca de um modo certo; porque no campo das coisas contingentes, causas (no sentido de simples *potências* causais) que devem produzir *necessariamente* um dado efeito, não existem. Tôda a causa finita tem necessidade de determinadas condições, não só extrínsecas mas intrínsecas, e nem tôdas elas perceptíveis para nós, para produzir um efeito; na falta das quais a causa potenciai fica infecunda. No campo das coisas finitas poderá apenas afirmar-se, depois da observação das particularidades, que uma dada potência causal produz um dado efeito *no maior número dos casos*, e não *em todos os casos* ,- só poderá afirmar-se a relação *ordinária* da causa para o efeito, e não a relação *constante*; e o indício que dela deriva só poderá ser um indício contingente.

Voltemos ao indício era que o facto indicativo se apresenta como efeito. Uma coisa material pode lembrar outra, como sua causa, ou pelas suas *modificações* formais, ou pelas suas *modalidades* substanciais.

Vimos que as modificações formais, reveladoras de uma dada cansa, se concretizam na *alteração* e na *locomoção*. Ora, podendo a alteração e a locomoção das coisas, derivar naturalmente não só de mil casualidades, mas também de mil manifestações possíveis do livre arbítrio do homem, nunca revelam a sua causa de um modo determinadamente *constante*. Em vista de uma alteração ou locomoção, como prova indirecta, só poderá afirmar-se a relação *ordinária* entre efeito e causa; só poderá afirmar-se que *no maior número dos casos*, aquele dado facto que se considera como efeito, deriva daquele outro facto que se considera como causa. O indício que daí deriva não pode, por isso, ser senão contingente. As manchas de sangue encontradas

sobre o fato de Tício, depois do assassinato de Caio, serão apenas um indicio contingente da criminalidade de Tício, como qualquer outro indicio consistente em modificações formais das coisas.

Mas dissemos que uma coisa faz induzir outra como sua causa não só pelas *modificações* formais, mas também pelas *modalidades* substanciais. Por outros termos, uma coisa pode evocar a sua causa não RÓ enquanto é modificada, mas enquanto *é* produzida: não a modificação, mas o natural e substancial modo de ser da coisa pode fazer pensar na sua causa. Assim, a criança que pelas suas condições naturais de ser, de recém-nascido, revela um parto recente, revela-o não simplesmente pelos critérios extrínsecos da alteração ou da locomoção, mas pelo seu *modo de ser natural*. Ora, é entre efeitos desta espécie e as suas causas que o espírito humano percebe por vezes relações não simplesmente *ordinárias*, mas *constantes*: e nêstes casos o indicio não é contingente, mas necessário. Por esta forma, da percepção das leis nunca alteráveis da geração do homem, deriva uma cadeia de indícios que são necessários: assim, a gravidez da mulher, ou antes a existência do feto em gestação no útero da mulher, é o indicio necessário da sua cópula com o homem; assim, as condições naturais que apresenta o recém-nascido, podem funcionar como indicio necessário do parto recente; assim, o ser, em geral, em vida nêste mundo, prova necessariamente uma vida intra-ute-rina precedente no seio de uma mulher, e ter-se dado o parto. Conquanto poucos, há sempre contudo indícios necessários.

Da força que pode apresentar a relação de causalidade entre facto indicativo e facto indicado, relação de causalidade que é o trâmite lógico do raciocínio indicativo, deduzimos o valor probatório que pode apresentar o indicio. Ora nesta noção do valor dos indícios é que se funda uma primeira classificação dêles. Os indícios, sob o ponto de vista do valor, são de duas espécies: indícios necessários, que revelam *com certeza* uma dada causa, e indícios contingentes que revelam mais ou menos *provavelmente* uma dada causa ou um dado efeito; os primeiros, fundados em uma *constante* relação de causalidade; e os segundos, fundados em uma relação *ordinária* de causalidade.



Os indícios contingentes, tomados em um sentido muito geral, compreendem não só os que apresentam uma maior convergência de motivos para crêr, do que para não crêr, mas também os que apresentam igualdade de motivos para crêr e para não crêr em um dado facto; indícios contingentes de probabilidade, os primeiros; indícios contingentes de credibilidade, os segundos. Mas êstes indícios que chamo de credibilidade, se teem um sentido sob o ponto de vista do conhecimento, não teem sentido sob o de verdadeiras provas: o indício de credibilidade só é prova relativamente à *possibilidade* de um facto, e não relativamente à efectiva *realidade* dêsse facto. Falando de provas em geral, mostramos claramente, que as provas de credibilidade não são verdadeiras provas; e é inútil repeti-lo aqui. Compraz-nos, aqui, observar simplesmente que são precisamente os indícios de simples credibilidade, aquêles indícios proteiformes que podem servir igualmente para a acusação e para a defesa, e que, conquanto devessem ser rejeitados, se fazem por vezes valer na prática judiciária a favor de uma ou da outra, segundo a fôrça oratória do acusador é superior ou inferior à do defensor. Tais provas, onde quer que sejam invocadas, devem sempre rejeitar-se.

Restam, pois, simplesmente como indícios contingentes os prováveis. Ora, podem os indícios prováveis subclassificar-se sob o mesmo ponto de vista do seu valor probatórios? Ao falarmos da probabilidade, demonstramos que, se ela é susceptível de graduação, a sua graduação não pode determinar-se com limites fixos; e dissemos que se se pode falar de uma probabilidade mínima, de uma média e de uma máxima, que chamamos o *verosímil*, o *provável* e o *probabilissimo*, não podem no entanto determinar-se precisamente os limites que separam êstes graus uns dos outros. Pondo de parte o probabilissimo, cuja delimitação do provável é mais árdua que tudo, os indícios contingentes, sob o ponto de vista do seu valor, poderiam assim distinguir-se em indícios *verosímeis* ou de probabilidade mínima, e indícios *prováveis* ou de probabilidade média e máxima, atendendo sempre que não são susceptíveis de se fixar *á priori*, em termos fixos,



as condições constitutivas da verosimilhança, e as constitutivas da probabilidade em sentido especial, como demonstramos falando de probabilidade em geral.

Recapitulando: o estudo da relação de causalidade no raciocínio indicativo, estudo destinado a conhecer a força probatória dos indícios, leva-nos a uma primeira distinção fundamental destes raciocínios, relativamente ao seu valor probatório: indícios necessários, indícios prováveis e indícios verosímeis. Mas esta distinção, referindo-se ao valor que, no que respeita à grande massa dos indícios contingentes, não pode determinar-se em têr-

mo  
s fixos, não satisfaz por completo às necessidades da ciência. À ciência necessita de uma distinção que parta de um critério substancial e determinado, de tal natureza que, dado um indício, este deva, subordinar-se-lhe firmemente e sem deslocações possíveis.

À parte os critérios necessários que são de uma eficácia muito rara em matéria criminal, os tratadistas têm procurado descobrir divisões dos indícios contingentes, segundo critérios que permitam classificá-los *à priori* de uma maneira determinada.

Emquanto à distinção precedente de indícios verosímeis e prováveis, não podendo esta, repitamo-lo, determinar-se clara e precisamente, segue-se em primeiro lugar que mesmo *em concreto* possa surgir por vezes a dúvida sobre se um indício é provável se verosímil; *em abstracto*, pois, por uma classificação feita *à priori*, esta distinção tem cada vez menos valor, porquanto a força probatória do indício, a que se refere esta distinção, sendo determinada pelo conjunto das circunstâncias concretas do facto indivíduo, e sendo estas circunstâncias indefinidamente variáveis, segue-se que um indício que em dadas circunstâncias é *provável* em outras é simplesmente *verosímil*, e vice-versa.

Os tratadistas têm-se empenhado em fazer outras distinções, sempre na esperança de encontrarem um critério substancial, capaz de uma classificação fixa e determinada dos indícios contingentes. Vejamos se o conseguiram, examinando rapidamente as distinções acreditadas na ciência; e passaremos em seguida a expôr um critério de distinção que nos parece ser racional. •

Fêz-se correr, em primeiro lugar, na seiência a distinção entre indícios *próximos* e *remotos*. Esta distinção pode ser tomada em dois sentidos: pode tomar-se no sentido que Carrara, segundo o seu costume, formulou com precisão, de indícios conexos à *consumação* do crime, e de indícios conexos à sua simples *execução*; e pode tomar-se no sentido da classificação, por nós anteriormente feita, entre indícios *prováveis* e *verosímeis*.

Tomada na primeira acepção diga-se ao eminente mestre, com o devido respeito, que a distinção se funda em um critério accidental, que não nos revela coisa alguma da substancialidade probatória do indício. Parecerá que, distinguindo os indícios segundo a sua ligação com a execução ou com a consumação, êles são assim divididos segundo um critério fixo que revela e explica a sua diversa eficácia probatória; o que não é assim. Há indícios de execução que teem uma fôrça probatória maior que a dos indícios de consumação. Ter sido visto Ticio agachado, com uma espingarda, atrás de um valado que ladeia uma estrada, uma hora antes de, naquele lugar, naquele caminho, ter sido morto um homem com um tiro de espingarda' é um indício remoto que não se liga com a consumação; mas êste indício remoto tem uma fôrça probatória muito maior que a simples mancha de sangue que se tivesse encontrado no casaco de Ticio, mancha de sangue que seria um indício da consumação.

Se portanto a distinção entre indícios próximos e remotos a tomamos no sentido de indícios prováveis e verosímeis, esta distinção não faz mais que ligar a grande indeterminação das palavras, à indeterminação natural das coisas significadas. E o mesmo se diz das distinções do indício em *urgente* e *não urgente*, *violento* e *não violento*, *grave* e *ligeiro*; nomenclaturas, tôdas elas indeterminadíssimas, que não fazem senão aumentar aquela indeterminação que já naturalmente se encontra nas graduações da probabilidade, graduações da probabilidade que são chamadas pelos seus próprios termos, uma *verosímil*, a outra *provável*. É melhor então, conservar a distinção precedente de indício *verosímil* e de indício *provável*, abolindo tôda a nomenclatura incerta e equívoca; sabe-se ao menos o que se quer dizer.

Também se dividiram os indícios em *comuns* e *próprios*: Comuns, os que existem relativamente a todos os delitos, como a fuga, o suborno das testemunhas; próprios, os que só existem relativamente a um dado delito, como a aquisição de veneno, que é um indício para o envenenamento, como a clandestinidade da gravidez e do parto, que é um indício para o infanticídio. Esta distinção, se bem que se prêste a uma certa classificação material dos indícios abstractamente considerados, parece-nos contudo completamente insignificante. Ela não se funda na substancialidade do indício; não nasce senão de uma consideração extrínseca do todo. A inanidade desta distinção resulta claramente do facto de um indício não poder ser chamado a funcionar em concreto, como prova de um dado crime, quando não seja considerado como próprio desse crime; e é precisamente por isso que o indício se apresenta pelas suas condições concretas de prova. O suborno das testemunhas, dizem, é um indício comum, um indício que se pode apresentar a funcionar como prova indirecta para qualquer crime. E absolutamente verdadeiro: mas é esta uma consideração que não tem valor algum para a substância probatória do indício concreto. Desde que o suborno se considera em concreto como um indício de criminalidade, quer isso dizer que êle se considera relativamente às testemunhas de uma dada causa, e relativamente ao acusado que aí se encontra *sub judice*; por outros termos, quer dizer que o suborno se considera como indício *próprio*; e não pode ser considerado de outro modo, devido às condições concretas com que se apresenta. O mesmo sucede com todos os outros indícios comuns: só tem sentido probatório quando se supõem com as determinações concretas, em virtude das quais se tornam *próprios*: um indício que se quisesse continuar a considerar como *comum*, isto é, sem essas tais determinações concretas, não seria mais que um facto existindo no ar por abstracção, sem eficácia alguma probatória. Qual será pois a importância substancial de tal distinção? E uma distinção derivada de um critério extrínseco do indício considerado em abstracto, que não tem assim sentido, nem aplicação, relativamente aos indícios considerados em concreto. Êste critério

unicamente pode nas exemplificações funcionar como acessório ao lado de um critério substancial, afim de não se perder na infinita muiçalha dos indícios particulares, que podem verificar-se relativamente a cada delito.

Outra distinção dos indícios divide-se em *antecedentes*, *concomitantes* e *subsequentes*, tomando como guia o critério material do tempo em que se deu o facto indicativo, relativamente ao tempo da consumação do delito. Esta distinção cronológica não tem maior importância que a precedente, conquanto, como a precedente, se prêste a uma certa classificação metódica dos vários indícios. Acharo-nos sempre na mesma grave dificuldade: o critério material de que se parte nesta distinção é também êle um critério extrínseco que nada revela da natureza substancial do indício como prova; e por isso a distinção que dêle deriva não pode ter importância alguma racional. Enquanto à distinção entre indícios da criminalidade ou da inocência, proposta por Weiske, e louvada por Carrara, é uma distinção que se não funda na natureza específica do indício; é uma distinção que pode referir-se a tôdas as provas, consideradas relativamente ao seu fim especial; e por isso, com maioria de razão, nos ocupamos dela falando das provas em geral.

Pelo nosso lado, enquanto admitimos, sob o ponto de vista do seu valor probatório, a distinção dos indícios em necessários e contingentes, e a subdivisão dêstes em prováveis e verosímeis, encontramos sempre, em vista do que temos dito, sendo a probabilidade e a verosimilhança, como qualquer outra graduação da probabilidade genérica, indetermináveis, encontramos sempre, dizia, que em concreto não se sabe por vezes se um dado indício deve chamar-se provável se verosímil; e achamos por isso, que, em abstracto, esta distinção tem cada vez menos importância, porquanto esta distinção se refere directamente ao *valor* dos indícios, e o valor dos indícios não pode calcular-se com exactidão, senão em concreto.

Sentimos, conseguintemente, a necessidade de outra distinção com termos claros e precisos, sob os quais possamos classi-

ficar, de um modo fixo, os indícios. Mas esta distinção, que procuramos, deve, para ser digna da ciência, inspirar-se em um critério substancial, isto é, em um critério que enuncie e explique a substância probatória do indício. Quando tivermos achado êste critério determinado e substancial, todo o indício, quer se considere em abstracto, quer em concreto, deverá subordinar-se fixamente às categorias substanciais que dêle derivam, por isso que não há coisa que possa separar-se da substância sem deixar de existir.

Se se requer um critério substancial, é claro que êle não nos pode vir senão da contemplação da substância probatória do indício. Ora, ao darmos a noção de indício, vimos já em que consiste a substância probatória do indício: ela baseia-se no princípio de causalidade. O princípio de causalidade: eis o caminho pelo qual o espírito se dirige do conhecido ao desconhecido, no raciocínio indicativo. Mas o ponto de partida da razão, nesta marcha para o desconhecido, não é sempre o mesmo; ora se parte do que consideramos como causa, e nos dirigimos para o efeito que queremos conhecer; ora se parte do que consideramos como efeito, e avançamos para a causa que queremos conhecer; para outros termos, ora é a causa que nos indica o efeito, ora é o efeito que nos indica a causa. Eis, segundo nosso parecer, duas classes substancialmente diversas de indícios. O indício que tem a sua eficácia em uma causa que indica o efeito, poderia chamar-se *causal*; o indício que tem a sua eficácia em um efeito que indica a causa, poderia chamar-se *de efeito*. E usando assim estas denominações, empregam-se, como se vê, as expressões *causal* e *de efeito* em um sentido activo, isto é, atribuindo-as ao fim activo do indício, à coisa que faz conhecer, e não à que se faz conhecer, ao facto *indicativo*, e não ao facto *indicado*. Se o facto é indicativo como causa, tem-se o indício de efeito. Convém assim fixar bem o sentido das palavras para que não surjam equívocos.'

Esta nossa distinção de indícios *causais* e *de efeito*, parece--nos utilíssima para a classificação dos indícios. A vantagem dêste nosso critério parecerá grandíssima, quando se atenda a

que em muitos factos se admite o valor de indício de uma forma muito indeterminada, sem se tomar conta da sua substância de prova. Ora, classificar os indícios, segundo o nosso critério, sob o seu aspecto substancial, obriga ao estado da sua verdadeira natureza e do seu verdadeiro valor, por isso que exige que se considere a relação particular de causalidade, em que se funda toda a força probatória do indício. Procedendo assim, alguns indícios que, pela maneira indeterminada por que são percebidos, figuram por vezes como argumentos probatórios de uma certa força; considerados na sua verdadeira substancialidade de prova, isto é, na relação de causalidade entre facto indicativo e facto indicado, mostrarão o seu verdadeiro valor, muitas vezes mínimo e desprezível.

Quando se não consegue, à primeira vista, classificar o indício entre os *causais* ou os *de efeito*, quer dizer que se não tem um conceito justo do valor probatório do indício; quer dizer que a sua avaliação objectiva se faz por um impulso cego, e não por um cálculo raciocinado. É necessário então prevenirmo-nos contra o indício, e aceitá-lo somente quando, avaliando-o exactamente, se chega a classificá-lo.

Ora, sob o ponto de vista geral destas duas classes, é conveniente observar que os indícios *de efeito* apresentam sempre uma eficácia probatória maior que a apresentada pelos indícios *causais*. Não quer isto dizer que, em particular, um indício causal não possa até ter maior força que um indício de efeito. Se se escolhe o mais forte dos indícios causais e se compara com o mais fraco dos de efeito, compreende-se como aquele pode ter maior eficácia probatória do que este. Mas não é assim que se julga logicamente do valor probatório das classes; é necessário considerá-las na sua totalidade, abrangendo todas as particularidades que lhes pertencem, umas em confronto com as outras. Ora, é sob este ponto de vista, que nós dizemos que os indícios *de efeito*, em geral, têm maior eficácia probatória que os *causais*. E compreende-se a razão.

O efeito serve melhor para indicar a causa, do que a causa o efeito, porquanto, no campo das contingências, todo o facto é

certamente a resultante determinada de uma causa; mas nem todo o facto é certamente o gerador real de um efeito. O que se considera como efeito, não pode ser senão o efeito de uma ou de outra causa. O que se considera como causa pode não ser causa de modo algum, pode não ter produzido efeito algum pela falta de determinadas condições internas ou externas que não percebemos. Eis um motivo iufirmante inseparável dos indícios *causais*, e um motivo corroborador relativamente aos indícios *de efeito*. Eis a razão do maior valor de uma classe sôbre a outra.

E como as verdades se não contradizem, mas antes se harmonizam e completam entre si, o que constitui a sua contraprova, é na classe a que atribuímos maior eficácia probatória, é entre os indícios de efeito que pode encontrar-se a plena perfeição da prova proveniente do indício, isto é, o indício necessário. A coisa indicativa que se apresenta como causa, também o dissemos noutro lugar, não pode provar o seu efeito, senão de um modo mais ou menos provável, pois que no campo das coisas contingentes não há potências causais que devam produzir *necessariamente* um dado efeito; qualquer causa potencial finita pode conservar-se infecunda por razões intrínsecas ou extrínsecas que não percebemos. Há, ao contrário, factos que uma vez produzidos só podem ser efeito de uma única causa; a qual é, assim, *necessariamente* indicada pelo seu efeito. Por isso, esforçando-se o espírito humano por descobrir indícios, em sentido próprio, verdadeiramente necessários, não os encontrará senão entre os de «feito».

À classe dos indícios de efeito tem por isso, em geral, maior eficácia probatória que a dos indícios causais, e compreende em si os indícios mais perfeitos pelo seu conteúdo, que são os necessários.

Afim de determinar cada vez melhor êstes conceitos, digamos também uma palavra sôbre o valor dos indícios causais, relativamente às leis morais a que podem referir-se, a propósito de delito.

O indício causal do delito é, em geral, o indício que tem o seu fundamento em um facto causador do delito. Ora, o indício



causal pode consistir, em particular, num facto que tenha podido gerar a intenção, e sirva para a indicar. O indício causal pode também consistir em um facto, que é tomado, como manifestação de intenção que pôde depois, afirmando-se e determinando-se, produzir a acção criminosa; pelo que o indício indica a acção, fundando-se na regra geral, que é a intenção, mesmo quando vaga, precedente ao delito, a qual afirmando-se cada vez mais em uma intenção determinada, acaba por produzir a acção criminosa. Tanto no primeiro como no segundo caso, o indício funda-se sobre leis morais. Ora, é necessário ter cuidado ao extrair deduções das leis morais, pois que estas podem sempre naufragar contra as disposições do espírito individual e contra o livre arbítrio, em que se funda o motivo infirmante, fundamental desta espécie de indícios. Vejamos concretamente a fraqueza e a natureza falaz destes argumentos probatórios.

Existe um facto, que pode ter produzido o intenção do delito. E que concluir daí? A miséria que pode originar a vontade de roubar, pode ser alguma vez um bom indício da existência real dessa vontade? De modo algum! a miséria pode coexistir com a resignação do espírito humano; pode coexistir com o insofrimento mas repugnando-lhe o crime; pode produzir um impulso criminoso, mas imediatamente reprimido por aquele domínio, que, pelo livre arbítrio, o homem exerce sobre as próprias tendências.

Um homem recebeu uma grave ofensa de outro. E daí?

Poder-se há por acaso concluir bem pela intenção homicida? Aquela ofensa sofrida pode ter sido perdoada por um espí-

rito profundamente cristão; pode ter gerado ódio, mas não criminoso; pode ter produzido um impulso criminoso, mas imediatamente reprimido; e assim por diante. Há sempre um cúmulo de motivos infirmantes, dignos de serem levados em conta, nêstes indícios.

Tratemos agora da outra espécie, que mencionamos, de indícios causais; aquêles factos, que, emquanto se consideram como manifestações de uma intenção não contemporânea da acção criminosa, se tornam indicativos da intenção criminosa

concomitante á acção, e por isso da própria acção criminosa de uma dada pessoa. Também aqui a impenetrabilidade da consciência e do livre arbítrio, dominador dos espíritos, tornam frágeis êstes indícios. Ter dito alguém que se quer vingar de Ticio, ter ameaçado Ticio, podem ter sido exteriorisações de uma intenção real de delito, mas uma fanfarronice, uma jactância; pode ter sido simplesmente um meio empregado para amedrontar Ticio. E mesmo admitindo que existiu realmente a intenção do delito, mesmo admitida a correspondência entre a intenção e a sua manifestação, aquela intenção pode ter sido fruto da ira súbita, e ter-se apagado com o desaparecimento desta; pode ter sido uma daquelas intenções que o espírito humano, naturalmente bom, só indeterminadamente se inclina a ter, mas que repele em seguida de uma forma precisa e determinada; pode mesmo ter sido friamente determinada, mas ter sido, no entanto, abandonada em seguida, pelo triunfo das boas tendências que fêz prevalecer o livre arbítrio; pode, finalmente, não ser abandonada, mas sim ficar como uma simples tendência interna, por isso que outrem, antecipando-se, praticou o crime; e assim por diante. Não há, pois, quem não veja como e quanto enganadora é a natureza daquêles critérios morais, que servem de guia nos indícios causais do delito.

Voltando, agora, aos indícios em geral, o que diremos nós da sua importância probatória no juízo penal? Falaremos por acaso do número e das qualidades dos indícios necessários para que se tenha um legítimo convencimento? Tudo isto seria, para nós, superfluidade de tratadistas, tendo desprezado a prova legal, e tendo determinado a natureza de que deve ser, qualquer que seja a prova de que provenha, o convencimento sôbre que deve fundar-se a sentença. Para nós não há mais que um só e mesmo preceito para tôda a espécie de prova: para haver uma legítima sentença de condenação, não devo o convencimento que provém das provas ter contra si dúvida alguma racional.

Os indícios não merecem por certo a apoteose, mas também não merecem a excomunhão maior. É necessário ter cautela na afirmação dos indícios; mas não pode negar-se que a certeza

pode por vezes provir dêles. E é isto claro, quando se atenda a que entre os indícios também se encontram os *necessários*. Suponhamos que Ticio esteve durante um ano na América, longe da sua mulher que ficou em Itália; suponhamos que no fim do ano, ao voltar, encontra a sua mulher grávida: não lhes parece que Ticio deve estar legitimamente certo do adultério de sua mulher? Não lhes parece que outra pessoa, a quem conste o afastamento de Ticio durante todo aquele tempo de sua mulher, deva legitimamente ter a mesma certeza? E atendei a que nem todos os indícios de certeza se apresentam como tais no princípio do julgamento; há indícios de probabilidade que no decurso do julgamento, pela superveniência de outras provas, se tornam de certeza. E isto tem lugar quando as provas supervenientes excluem tôdas as hipóteses, excepto uma, que se refere ao indício de probabilidade; caso em que aquela hipótese fica sendo a única e necessária hipótese do indício.

Êste último caso será raro, porquanto sendo de ordinário indefinida a vária significação dos indícios, não é possível enumerar determinadamente e combater as várias hipóteses, menos uma, que se referem ao indício; mas não pode negar-se que ó um caso possível que se tem de juntar ao número, mesmo muito reduzido, dos indícios que se apresentam à primeira vista, como necessários. Em face destas verdades achar-vos beis com coragem para repelir o indício do campo das provas, ou de o declarar sempre suspeito? Se quereis sempre provas directas para condenar, crimes ha que, pela sua natureza, escaparão quási sempre à pena. Como poderia haver a pretensão de exigir que em juízo as acusações de adultério se apresentassem apoiadas absolutamente sôbre provas directas? Isso equivaleria a cortar o crime de adultério do Código Penal. Os inimigos a todo o transe do indício, devem reflectir também, que entre os elementos constitutivos do delito há um que quási sempre só se pode verificar pelas provas indirectas: é o elemento subjectivo, a intenção criminosa. Tirando o caso raríssimo de se ter a confissão, única prova directa possível da intenção, sem o auxílio das provas indirectas ficar-se ia sempre nas trevas relativamente ao ele-

mento moral do delito, e seria necessário absolver. Tanto valeria abolir de uma vez o Código Penal. Não pode, por isso, se quer, pôr-se em dúvida a grande utilidade dos indícios como gaia, em geral, na investigação das melhores provas, e era particular, na indagação do delinquente.

Não exageremos portanto. O indício pode dar a certeza, mas é necessário estar sempre em guarda contra as insídias desta espécie de prova. E para nos salvaguardarmos das insídias é necessário proceder cautelosamente na avaliação do indício, considerando escrupulosa e ponderadamente os motivos infirmantes, por um lado, e os contra-indícios, por outro. É necessário dizer aqui uma palavra sobre o que entendemos por motivo infirmante e por contra-indício.

Na avaliação do indício, o juiz tem um duplo dever. Deve em primeiro lugar atender aos motivos que bacia para não crer inerentes ao indício por si mesmos; estes motivos para não crer, constituem os *motivos infirmantes*, que derivam por vezes da consideração da subjectividade do indício, e derivam sempre da consideração do seu conteúdo quando se não trata de indício necessário. O juiz deve além disso atender às *provas infirmantes* do indício; e a prova infirmante do indício, consista ou não em outro indício, constitui o contra-indício, em geral. São duas coisas bem distintas entre si, mas que a escola confunde por vezes.

A consideração de que o objecto encontrado junto do acusado e apresentado como pertencente ao ofendido, possa, por vezes, ser um objecto semelhante ao do ofendido e pertencente legitimamente ao acusado, não é senão a consideração de um motivo infirmante da subjectividade do indício, e não já um contra-indício.

Tomar em conta a hipótese não criminosa que se inclui no conteúdo do indício, e que se concilia com aquele facto indicativo que se apresenta como matéria do indício incriminante, já não é tornar patente o contra-indício. Apresentando-se, por exemplo, um casaco ensanguentado, considera-se a possibilidade de que aquele sangue não seja proveniente do ferimento de Tício,

mas que possa provir da morte de um animal, ou da sangria de um doente; considerar estas hipóteses que explicariam de um modo natural o facto da mancha de sangue, não é mais que atender ao conteúdo naturalmente variável e polívoco do mesmo indício. Trata-se de motivos infirmantes do indício; de contra-indícios não há aqui que falar.

O contra-indício é não só um indício que se opõe a outro indício, mas qualquer prova que se opõe a um indício: o contra-indício, já o dissémos, é em suma a prova infirmante do indício. E portanto o contra-indício, como toda a contra-prova em geral, pode ser de duas espécies. Pode em primeiro lugar contradizer o indício na sua *subjectividade* de prova: no próprio facto indicativo. Por exemplo, ao facto de um objecto encontrado Junto do acusado e que se julga pertencer ao ofendido pode opôr-se como prova, que aquele objecto não é precisamente o objecto que se julga pertencente ao ofendido, mas um objecto semelhante possuído pelo acusado anteriormente a ter-se consumado o crime. Ao facto da inimizade entre o ofendido e o pretendido ofensor pode opôr-se a prova de que a inimizade tinha cessado anteriormente ao crime.

O contra-indício pode em segundo lugar contradizer o indício emquanto à sua objectividade de prova, isto é, emquanto ao seu conteúdo probatório. Por exemplo, no caso de envenenamento, ao indício que provém da posse do arsénico, pode opôr-se a prova de que o arsénico fôra comprado e empregado para destruir os ratos; não se impugna, assim, o facto indicativo, aqui impugna-se a explicação incriminante do facto indicativo.

É necessário, portanto, em toda a prova indirecta distinguir o que é *motivo infirmante* daquilo que é *prova infirmante*. Os motivos infirmantes são inerentes à prova indirecta considerada em si mesma, tanto em relação ao sujeito que faz a prova, relativamente ao qual não teem sempre lugar, quanto ao que respeita ao objecto provado, relativamente ao qual teem sempre lugar, uma vez que se não trate de indício necessário. À prova infirmante é a que vera dar pêso a um motivo infirmante, actuando

quer contra o *conteúdo* incriminante do indício, quer contra a sua credibilidade *subjectiva*, abstraindo do seu conteúdo. E agora que vimos a diferença entre o que é motivo infirmante do indício e o que é contra-indício, considerando a importância que tem os motivos infirmantes, é conveniente dizer ainda uma palavra em particular a seu respeito.

Do que temos dito, deduz-se claramente que só há duas espécies de motivos infirmantes: motivos infirmantes da subjectividade da prova, e motivos infirmantes da objectividade da prova. I Os motivos infirmantes da objectividade da prova são relativos a cada uma das provas concretas, e por isso não pode falar-se dêles *à priori*, de um modo geral. Todo o indício concreto, como apresenta a sua concreta e determinada indicação, mais ou menos provável, de um dado género, assim também apresenta contra-indicações determinadas e concretas, menos críveis do que aquela, mas que a contradizem, e que poderão ser as verdadeiras.

Relativamente, pois, aos motivos infirmantes da subjectividade da prova, podem mencionar-se *à priori* as suas determinações genéricas. Falando da presunção, nós indicamos como presunções fundamentais da credibilidade subjectiva das provas reais, aquela que chamamos de identidade intrínseca, e aquela que chamamos de identidade extrínseca, ou de genuinidade. Ora, quer-me parecer que, em ordem aquêles mesmos conceitos, os motivos genéricos infirmantes da subjectividade da prova indicária reduzem-se a dois:

1.º Falta de identidade intrínseca da coisa.

A que se apresenta actualmente, *em ai mesma*, como uma certa coisa, não é a que se crê, mas outra coisa.

2.º Falta de identidade extrínseca ou de autenticidade da coisa.

Esta segunda espécie de motivo infirmante tem um duplo conteúdo.

Em primeiro lugar, a coisa, que pelas determinações que apresenta parece ser a possuída um dia por Tício, não é a que possuía Tício, mas outra que se lhe assemelha: por outros ter-

mos, a coisa que se considera pertencente a Tício não tem com Tício a relação que se julga: ou em outros termos ainda mais gerais, a coisa que mostra ter uma dada relação de posse com uma pessoa, num dado tempo e lugar, não tem na realidade aquela relação.

Em segundo lugar a coisa pode ser falsificada nas suas modalidades.

Dissemos mais de uma vez que não pode enquanto às suas-modalidades considerar-se falsa subjectivamente a coisa senão quando ela tenha sido modificada por obra maliciosa do homem destinada a enganar. As modificações que o *acaso* imprime às coisas são tomadas em conta na *avaliação objectiva* do indício, **por** isso que constituem precisamente a polivocidade natural do seu conteúdo.

Posto isto, a falsificação subjectiva da coisa pode ser produzida **por** obra do homem por três motivos:

a) em seu proveito ou em proveito alheio: o acusado falsifica as coisas para não ser indiciado; ou os amigos e os seus parentes falsificam, para que êle não seja indiciado;

b) para prejudicar a outrem: falsificam-se as coisas para servirem a indiciar uma dada pessoa;

c) por mera brincadeira: falsificam-se as coisas para gozar o espectáculo da inquietação de momento que se cria em uma pessoa, ou para lhe cair em cima a troça por qualquer modo.

Para a avaliação de todo o indício, é necessário começar por estudá-lo subjectivamente, antes de passar a estudá-lo objectivamente; é necessário em primeiro lugar pesar o indício no seu valor subjectivo, isto é, considerando os motivos infirmantes da identidade intrínseca e extrínseca do facto indicador, e pesá-lo depois no seu valor objectivo, isto é, nos motivos infirmantes da coisa indicada.

Mas é principalmente a avaliação objectiva que tem uma importância máxima, quando se trata de indícios. E é necessário não esquecer que a avaliação objectiva da prova indirecta é sempre árdua. Eis porque, não é inútil repeti-lo, é preciso proceder cautelosamente quando se trata de provas indirectas, pois que é

particularmente por essas, que muitas vezes se cria no espírito do homem uma certeza artificial e inexacta, que toma o lugar do convencimento racional, uma certeza artificial e inconsiderada da qual não se saberia, querendo, indicar fria e calculadamente as razões determinantes, uma certeza de impulso, que atingindo mais força na imaginação, que não na razão, pode facilmente arrastar a êrros lastimáveis, de que há mil exemplos na história dos julgamentos penais.

Recordemos aquela missa solene chamada *delia Gazza* a que, em Paris, assistiam todos os anos os magistrados trajados de vermelho: aquêles hábitos vermelhos recordavam o sangue de uma pobre inocente, com que se manchara a justiça humana! Recorde-se aquela voz solene que, antes de tôda a sentença capital, lembrava aos juizes de Veneza a sorte do *povero fornaio*: aquela voz solene recordava o inocente Pietro Tasca, sacrificado também êle à cruenta justiça humana! Certas recordações, mais do que qualquer teoria, servem para ensinar ao juiz que, acautelar-se em matéria de prova, não é uma hesitação de pobre de espírito, mas sagacidade de sábio.

Para complemento dêste capítulo, terminaremos referindo-nos a alguns corolários das teorias precedentes, que encerram verdades importantíssimas em matéria de indício. 1.º Tanto no indício como em qualquer outra prova, é necessário uma dupla avaliação; a avaliação subjectiva e a avaliação objectiva. A avaliação subjectiva do indício tem por fim fortalecer o facto indicativo, ou seja a subjectividade da prova; a avaliação objectiva tem por fim fortalecer o facto indicado, ou seja o conteúdo da prova. Em quanto ao *conteúdo*, o indício pode ser tomado como prova, atribuindo-lhe sempre o devido valor, mesmo quando não é mais que simplesmente verosímil; mas quanto ao *sujeito* probatório, isto é, emquanto à realidade do facto indicativo, o indício deve ser *certo*, sem o que deve rejeitar-se.

Por outros termos, considerando que o indício, *que faz prova* emquanto ao seu conteúdo, deve ser, por sua vez, *provado* emquanto ao facto indicativo que ó o sujeito da prova, pode dizer-se que, comquanto o indício seja provável ou simplesmente verosí-



mil, êle é sempre tomado como *probante* e vice-versa como *provado*, se não é certo, não pode aceitar-se de modo algum. E a razão desta regra é evidente. O indício é uma coisa conhecida, que consiste no facto indicativo, a qual serve para indicar uma incógnita, que consiste no facto indicado; ora não pode dizer-se propriamente conhecido senão o que é certo. Podemos acaso afirmar que uma coisa nos é conhecida, não tendo sequer a certeza da sua existência? Se a existência do facto indicativo, se nos apresentasse como simplesmente provável, aquela existência real não seria para nós senão uma incógnita, e por isso teremos um incógnito que indica outro incógnito. Que ensinamento nos poderia dar a lógica?

2.º Como o indício deve ser provado de um modo certo, segue-se que o indício não pode, em geral, ser provado com outros indícios, porque, falando genericamente, os indícios são contingentes e não podem por isso dar a certeza do que tem em vista provar.

Para se admitir a possibilidade de um indício bem provado por outro, é necessário referir-se á hipótese de que o indício probante seja necessário.

3.º E como um indício não pode, em geral, provar outro indício, segue-se que a distinção dos indícios em mediatos e imediatos não é admissível, a não ser que se não queira referir a classe dos indícios mediatos à hipótese de um indício necessário probante de indício não necessário. Só neste sentido é que a distinção dos indícios em mediatos e imediatos se pode sustentar. Mas fora desta hipótese, o indício mediato deve ser rejeitado da lógica das provas, porquanto se não resolve em um outro, senão em uma cadeia mais ou menos extensa de indícios, o último dos quais, que deve provar o delito, é incerto não só no seu conteúdo, mas também na sua subjectividade probatória, e não tem por isso valor algum.

Estas três regras precedentes referem-se à natureza subjectiva do indício: derivam da consideração do facto indicativo e do modo como deve constar, isto é, da consideração do valor do indício como provado. As regras seguintes referem-se pelo con-

trário à natureza objectiva do indício, e derivam da consideração do possível facto indicado; isto é, da consideração do valor do indício como probante.

4.º O *ordinário*, como vimos em lugar próprio, é a base lógica dos indícios contingentes, e o ordinário consiste na ligação existente *para o maior número dos casos* entre o facto indicativo e o facto indicado. Ora, quanto mais intenso é o ordinário de onde se parte, tanto maior é o valor probativo do indício. Aquilo que chamamos maior intensidade do ordinário é, pois, determinado pelo maior número dos casos, em que se verifica a mencionada ligação entre o facto indicativo e o facto indicado, e pelo menor número dos casos em que a mencionada ligação se não verifica. A força probatória do indício está, assim, em razão directa da frequência do facto indicado, e na razão inversa da multiplicidade e frequência dos factos contrários.

5.º Vários indícios no seu concurso podem constituir uma prova cumulativa provável, e vários indícios prováveis em concurso podem reforçar a sua probabilidade cumulativa, elevando-a até ao máximo grau; e por vezes, ultrapassando este máximo grau, podem chegar a fazer com que se não repute dignos de serem tomados em conta os motivos para não crêr, gerando assim a certeza subjectiva.

Isto, porém, já se não explica, como o explicaram alguns, com a ideia materialmente numérica da soma de fracções conducentes à unidade, com a ideia de fracções de convencimento de cada um dos indícios, reunindo-se no convencimento pleno. A soma só é possível entre valores homogéneos, e os indícios como valores probatórios são heterogéneos; um indica o delito por um lado, o outro, pelo outro.

O aumento de fé proveniente da acumulação dos indícios explica-se diversamente; explica-se por meio de um argumento probatório especial resultante do concurso das várias provas, argumento probatório que me parece dever chamar da convergência das provas.

Não repugna à consciência que um facto que *ordinariamente* se acha ligado a um dado acontecimento, servindo por

isso para o indicar, se encontre às vezes, num caso singular e concreto ligado *extraordinariamente a um* acontecimento diverso: é necessário porém que o extraordinário se verifique algumas vezes, de outro modo reduzir-se-ia a nada. Mas que mais de um facto que se acham ligados ordinariamente a certos acontecimentos, isto é, no maior número de casos, se encontrem depois nos casos singulares e concretos, todos ao mesmo tempo, ligados extraordinariamente a acontecimentos de outro género, isso é contrário ao modo de ser das coisas. Seria necessário supôr o desarranjo da ordem natural do mundo: seria necessário, por um lado, que vários factos, surgindo contemporaneamente das velhas leis reguladoras da sua vida, só encontrassem a sua explicação em tantos acontecimentos extraordinários; seria necessário, por outro lado, supôr as insídias do acaso, que, agrupando e apresentando contemporaneamente ao nosso espírito aquêles vários factos que teem relações extraordinárias, venham assim induzir-nos em êrro; seria necessário supôr em suma, que relativamente ao que se quer verificar o mundo se tivesse transformado no reino do extraordinário. Tudo isto, que é contestado pela experiência, repugna à consciência.

O extraordinário, justamente porque o é, é raro. Ora, à medida que cresce o número dos indícios concordantes, para não se crêr nêles, é necessário, fazendo uma violência cada vez maior à nossa consciência experimental, admitir um número maior de casos extraordinários verificados. Eis porque, com o aumento do número de indícios, cresce a improbabilidade de que êles sejam enganadores, aumenta, por outros têrmos, a sua fôrça probatória; e'êste aumento de fôrça probatória é proporcional não só ao número, mas também á importância das provas que se acumulam: eis o argumento probatório que denominamos da convergência das provas.

Mas de que natureza ó êste argumento probatório? Não é mais do que uma *presunção*. Sendo o mundo o reino do ordinário, *presume-se* que não possam encontrar-se no mundo conjuntamente vários casos extraordinários. Ora, quando vários indícios são concordantes, quer dizer que êles, explicados com aconteci-

mentos *ordinários*, indicam conjuntamente um dado facto; para não crêr nêles é necessário supôr a explicação de cada um dêles com acontecimentos extraordinários, indo de encontro à presunção acima exposta, de que não podem encontrar-se conjuntamente no mundo vários casos extraordinários. For outros termos, sob o aspecto positivo, a convergência de provas resolve-se na intensa presunção de verdade do facto ordinário, que é o indicado pelas provas concordantes.

6.º Um só facto indicativo não pode dar lugar senão a um só indício. Se se multiplicam as provas diversas do mesmo facto indicativo, o indício fortificar-se há cada vez mais subjectivamente, roas objectivamente, emquanto ao seu conteúdo probatório, conservar-se há sempre um só e mesmo indício. E isto é verdadeiro mesmo quando, do único facto probante, as múltiplas provas atêstem partes diversas, ou momentos diversos, sempre que a prova destas partes diversas do facto indicativo não se refiram senão à prova do próprio facto.

Um indivíduo viu Ticio sair de casa precipitadamente; outro viu-o, correndo, atravessar uma praça; outro ainda tê-lo-ia visto saltar para um trem que partiu a galope. Estas três asserções só servem para certificar um único facto indicativo, a fuga; e êste facto indicativo, ainda que se prove de mil maneiras, não pode constituir mais que um só e mesmo indício.

#### **Parágrafo 2.º do Título 2.º —Indícios particulares**

Passando a tratar dos indícios particulares, não é nosso propósito fazer uma longa exposição de todos os factos particulares que podem servir para indicar o delito; não julgamos dever perder-nos em tais minudências sem limites definidos. Entendemos sòmente dever exemplificar como os vários indícios se devem classificar, sob as duas classes de indícios de causa e de «feito».

Para êste fim escolheremos e tomaremos para êste exame indícios genéricos, cada um dos quais compreende em si mil factos particulares, que em concreto podem ser indicativos do

delito: assim, a menção de qualquer indício genérico valerá como indicação de todos os indícios particulares que nêles se contêm. No exame dos indícios teremos que indicar o seu valor probatório. Por agora é conveniente observar, que se classificamos um indício como provável, ou como verosímil, não entendemos comtudo, em contrário das teorias anteriormente expostas, atribuir-lhe um valor invariável e absolutamente determinado; não fazemos mais do que atribuir-lhe o valor que julgamos êle ter no maior número dos casos. O indício, já o dissemos anteriormente em outro lugar e convém repeti-lo aqui, podendo, como todos os factos contingentes, concretisar-se e individualisar-se com uma variedade indefinida e indefinível de contingências acessórias que concorrem para determinar o seu valor, segue-se que, devido a um particular concurso de circunstâncias que o acompanham, o indício ordinariamente verosímil pode, em casos particulares, ter força de provável, e o indício ordinariamente provável pode, em casos particulares, ter simplesmente força de verosímil.

ARTIGO 1.º—*Indício causal da capacidade intelectual e física para delinqüir*

Não pode conceber-se o crime, sem a acção inteligente humana que o torna existente; e não pode conceber-se a eficácia da acção inteligente do homem, sem admitir nêles uma capacidade intelectual e física, que é por isso condição *sine qua non* do crime. A causa genérica da acção criminosa, é portanto a capacidade intelectual e física do agente; e quando esta funciona como indício, não é senão um indício causal.

Ora há delitos para que não se exige uma capacidade especial no agente; basta, para êsses, uma capacidade que se encontra em todos, ou em quasi todos os homens. Para roubar o que se encontra na via pública, confiado à fé pública, não é necessário certamente se quer uma aptidão especial da inteligência, nem uma perícia especial de mão. Para estuprar uma mulher que não pode resistir, por estar doente, ou por outro motivo, não é por certo necessário capacidade alguma, intelectual ou física,

especial: a potência é a regra, a impotência a excepção, para todos os que não são decrépitos. Todos vêem que, nêstes casos, a capacidade física e intelectual achando-se em todos, não pode funcionar como indício para nenhum.

Mas outros crimes há para cuja prática é necessário uma aptidão especial. Assim, para usar eficazmente de artifícios fraudulentos, que levem o proprietário a desapossar-se de coisa sua, é necessário no agente uma astúcia especial, proporcional ao artifício usado, e à esperteza do defraudado; para o êstelionato é pois necessário uma capacidade que não se encontra em todos. Assim também, para outros delitos: para um desenho injurioso, é necessário um desenhador; para uma falsificação de moeda, um gravador; para um libelo difamatório, uma pessoa que escreva; e para um libelo bom, é necessário por vezes não só uma pessoa que saiba escrever mas um escritor; e para um escrito redigido pela mesma pessoa era diversas línguas, um poliglota. E nêstes casos, era que é precisa uma capacidade física ou intelectual não comum, é nêstes casos que a capacidade funciona como indício causal; indício que tem tanta maior força probatória quanto menor é o número dos capazes, e que atingiria a força do indício necessário, se a capacidade só se encontrasse em um indivíduo.

Por outros termos, verificando-se um facto humano, se para sua realização é necessária uma capacidade especial, achando-se esta capacidade em um homem, ela liga-se, como causa a efeito, àquele facto humano, de que é assim considerada como indício; indício que é mais ou menos forte, conforme essa capacidade é mais ou menos rara entre os homens.

A capacidade físico-intelectual considerada como indício causal da acção criminosa, é de duas espécies. Ou a capacidade se encontra no sujeito da acção, abstraindo da sua relação com coisas determinadas e concretas, e esta capacidade poderia chamar-se propriamente *subjectiva*; ou só existe pela relação da pessoa do agente com coisas determinadas e concretas, e esta capacidade poderia denominar-se *relativa*.

Para se obter uma nomenclatura mais concisa e menos

exposta a equívocos, julgamos melhor indicar a primeira, ou seja a capacidade subjectiva, simplesmente com a palavra *capacidade*, por antonomásia; indicando em seguida a segunda, ou seja a capacidade relativa, com a palavra *oportunidade*. E claro que empregando assim a palavra *oportunidade*, julgamos dar-lhe um sentido larguíssimo, que abranja tôda a facilidade de acção que nasce da relação entre o agente e as coisas concretas: neste sentido a oportunidade respeita não só à ocasião de dizer e de fazer, mas ao lugar, ao tempo e a tôdas as circunstâncias <sup>1</sup>.

Uma palavra explicativa sôbre cada uma destas duas espécies de capacidade.

A qualidade de desenhador a propósito de desenhos injuriosos, a qualidade de gravador a propósito de falsificação de moeda, a qualidade de astúcia a propósito de êstelionato, são indícios causais que consistem em uma capacidade pròpriamente *subjectiva*, porquanto, nesta hipótese, a capacidade, comquanto seja tomada em consideração a propósito destas coisas, não consiste contudo em uma relação efectiva da pessoa com êsse desenho, com essa moeda, com êsse engano fraudulento; mas subsiste na pessoa, abstraindo do facto criminoso *concreto e individual*. Eis o caso da *capacidade* pròpriamente dita, por antonomásia.

Relativamente à *oportunidade*, que é a capacidade proveniente da relação efectiva que o agente tem com coisas determinadas e concretas, ela pode ter lugar por dois modos.

A oportunidade pode nascer, em primeiro lugar, da relação da pessoa com o *meio* criminoso. A posse dos meios que facilita o crime, pode ser chamada a funcionar como indício. Assim, a

<sup>1</sup> TOMHASEO, no seu áureo livro dos sinónimos, embora admita que a palavra *oportunidade* se pode empregar neste sentido larguíssimo (n.º 3305), é de opinião que deve referir-se unicamente ao bem, e que chamar oportunidade à facilidade em praticar o mal, é impróprio e imoral (n.º 3002). Mas os escrúpulos do linguista pensador devem subordinar-se às necessidades da linguagem. Emquanto não houver uma palavra diversa que signifique em particular a facilidade do mal, será por isso necessário, quando se queira exprimir concisamente o próprio pensamento, lançar mão da mesma e única palavra *oportunidade*, tanto para o mal como para o bem.

posse dos venenos anteriormente ao crime, pode ser chamada em auxílio de outras circunstâncias a fim de funcionar como indício causal no envenenamento. Assim, a posse de uma gazua anteriormente ao crime, pode ser chamada a funcionar como indício causal no roubo com abertura de fechadura.

A oportunidade pode nascer também da relação da pessoa com o sujeito passivo do crime, isto é, com a coisa ou pessoa sobre que se desenvolve a acção criminosa. Todos compreendem, que mesmo a pessoa, enquanto é objecto de acção, é uma coisa; e por isso também esta hipótese entra na nossa fórmula geral, que afirma que a oportunidade nasce sempre da relação da pessoa *com as coisas concreta?*. Desta forma, pela proximidade que tem com o sujeito passivo do crime, pode funcionar como indício no furto ter tido nas mãos a coisa roubada; pode funcionar como indício no homicídio ter estado em companhia da pessoa assassinada, no dia da sua morte.

Recapitulando, a oportunidade que é a capacidade proveniente da relação efectiva da pessoa com coisas determinadas e concretas, pode consistir na relação com os meios criminosos, e na relação com o sujeito passivo do crime. Mas, para sermos completos nesta noção, é conveniente ajuntar que, tanto num como noutro caso, a oportunidade pode ser material e moral. Assim, é oportunidade *material relativa ao meio*, a posse do veneno e a posse da gazua no envenenamento e no furto; é, ao contrário, oportunidade *moral*, sempre *relativa ao meio*, a posse de um segredo vergonhoso, no escrito que o tenha por assunto. Assim, portanto, é oportunidade *material relativa ao sujeito passivo do crime*, ter tido em mão a coisa roubada, no furto; é, ao contrário, oportunidade *moral*, sempre *relativa ao sujeito passivo do crime*, o conhecimento do lugar onde se achava escondida a coisa que depois foi roubada.

Temos, por esta forma, falado, sob o ponto de vista genérico, da capacidade fisico-intelectual para delinquir. Da noção que apresentamos revela-se quais e quantos subindícios nela se compreendem. Há subindícios relativos à capacidade pròpriamente dita, que é a capacidade pròpriamente subjectiva; e que consis-



tem nos factos particulares que manifestam a aptidão intelectual e a perícia física. Há subindícios particulares, respeitantes à capacidade relativa, que chamamos oportunidade; e que consistem nas relações particulares e efectivas da pessoa com as coisas concretas.

Emquanto aos factos que constituem os subindícios da oportunidade, é conveniente observar que êles, como factos comprovativos, são proteiformes, em razão do tempo em que se verifica a sua existência.

Os instrumentos criminosos, quando se tenha verificado a sua relação, anterior ao delito, com uma pessoa, constituem subindícios *causais* de oportunidade; quando se tenha verificado a sua relação, com uma pessoa, no momento da acção confundem-se com a *prova directa* da acção; quando finalmente se tenha verificado a sua relação posterior ao delito, com uma pessoa, êles podem constituir *indícios de efeito*. Se a verificação da relação posterior ao delito com a pessoa serve unicamente para verificar a relação anterior, e, por isso, para levar à suposição do provável funcionamento do instrumento no crime, tem-se sempre um indício causal; mas se a força probatória do instrumento, encontrado posteriormente ao delito junto do acusado, se coaduna, ao contrário, precisamente com essa relação posterior, entre a coisa e o homem; se se harmonisa, por exemplo, com algum acto do acusado relativamente ao próprio instrumento, como trazê-lo escondido, ou não saber explicar a sua posse, então o instrumento converte-se em indício de efeito, não por si, mas pela sua natureza clandestina ou pela reticência do acusado, natureza clandestina ou reticência, que são as que se apresentam propriamente como efeitos do delito cometido, e servem assim para sua indicação por força do indício efeito. Isto, relativamente à oportunidade proveniente da relação com os meios.

O mesmo se dá relativamente à oportunidade que nasce da relação com o sujeito passivo do crime. Quando se procura verificar ter a pessoa estado próximo do sujeito passivo do crime anteriormente ao próprio crime, tem-se o subindício *causal* da oportunidade quando a pessoa foi vista próximo do sujeito pas-

sivo no momeato e assim ao praticar a acção criminosa, tem-se a *prova directa* da acção; quando, finalmente, se verifica a proximidade da pessoa com o sujeito passivo posteriormente ao crime, tem-se um indício *de efeito*, que consiste em considerar como consequência da acção criminosa de uma pessoa a sua proximidade, imediatamente depois do crime, no lugar onde êle se perpetrrou.

Não julgamos necessário examinar em particular os vários subindícios compreendidos no indício genérico e complexo da capacidade subjectiva; basta têmo-nos referido à sua diversa natureza.

Temos visto até aqui, que na capacidade verificada de delinquir se encontra um indício mais ou menos provável de criminalidade; é conveniente acrescentar que na incapacidade *verificada* se encontra, ao contrário, a prova certa da inocência. À impotência, a falta absoluta de meios, o *alibi*, tôda a credibilidade em geral relativamente ao pretendido sujeito da acção, constituem a impossibilidade subjectiva do crime, como a incredibilidade do suposto facto em si, constitui a sua impossibilidade objectiva.

Mas êste indício da capacidade, em sentido lato, de delinquir tem um grande valor? Dissemos que é um indício causal: tendo-se dado um crime, encontra-se num homem a capacidade necessária para o cometer, e esta capacidade liga-se, como causa a efeito, àquele crime. Por outros têrmos, diz-se: < Ticio pode ter cometido aquele dado crime>; e conclui-se: «logo Ticio come-teu-o». Não se faz pois mais que concluir *da potência para o acto*. Basta ter presente a natureza substancial dêste argumento lógico, para sentir a necessidade de estar prevenido contra as suas insídias.

Se a capacidade para um dado crime só se encontrasse em uma pessoa, não bá quem não veja a fôrça que então teria o indício causal da capacidade. Cometeu-se um crime; só pode ter sido cometido por Ticio; logo foi Ticio que o cometeu: o argumento lógico é bom uma vez que a capacidade exclusiva de Ticio êsteja bem e incontestavelmente verificada. Ora, esta verificação é coisa difícilima, e é necessário andar com tôda a ponderação

para se chegar a uma afirmação desta natureza. É necessária não nos deixarmos levar de ânimo ligeiro à convicção de que, por exemplo, não estando presente na casa onde se praticou o roubo, onde se cometeu o assassinato, senão Tício, o ladrão ou o homicida não possa ser senão Tício.

Só Tício se achava presente na casa... Mas como verificar que não pode ter penetrado aí outra pessoa ocultamente? A casa estava fechada a qualquer outra pessoa, e depois do crime continuou fechada... Mas não há por acaso meio de abrir e tornar a fechar a porta?

Ah! muitas vezes as prevenções e as opiniões antecipadas contra quem se Benta no banco dos réus, muitas vezes a precipitação de um convencimento, fazem parecer como certa uma capacidade criminosa exclusiva, que não é verdadeira.

Para recordar uma delas, recordemos a história do pobre Le-Brun<sup>1</sup>.

Jacques Le-Brun era um servo dedicado e fiel da senhora de Mazel. Na noite de 27 de novembro de 1689, foi esta trucidada no leito com cinquenta facadas. Verificou-se que as quantias de dinheiro, que a vítima tinha escondidas, haviam desaparecido. O cordão da campainha do seu quarto foi encontrado amarrado, para que se não podesse dar o sinal de alarme. Os quartos que davam acesso àquele em que se encontrava a vítima, estavam fechados à chave.

O pobre Le-Brun foi prêso, encarcerado e submetido a julgamento. Jacques Le-Brun tinha sido sempre um servo dedicado da senhora Mazel. Mas que importa isso? êle só podia ter amarrado o cordão da campainha. Giacomo Le-Brun fôra sempre um servo fiel. Mas que importa isso? só êle conhecia os esconderijos onde a patroa guardava o dinheiro. Jacques Le-Brun tinha um passado imaculado. Mas que importa isso? encontrara-se-lhe uma chave que abria várias portas que conduziam ao quarto da patroa. Todo o passado de Jacques Le-Brun protestava contra semelhante

<sup>1</sup> BRUGNOLI, *Delia certezza e prova criminale*, § 386.

acusação. Mas que importa isso ? A oportunidade daquele crime, naquelas condições, recaía exclusivamente sobre ele: só ele podia ter cometido aquele crime; ele portanto o cometera. E Jacques Le-Brun foi condenado, em Paris, por sentença de primeira instância de 18 de janeiro de 1690, a ser despedaçado vivo.

Enquanto pendia o recurso de apelação, sendo submetido à tortura ordinária e extraordinária, os atrozes tormentos corporais, e talvez ainda mais os do seu espírito, mataram-no.

No mês de abril seguinte descobriu-se o assassino; e não era Le-Brun. Era ele João Gerlat, conhecido por Bery, que fôra laçao da senhora de Mazel poucos meses antes do crime, que se introduzira de dia, desapercivelmente, em casa, e se escondera debaixo do leito da vítima. Contou todos os detalhes do atroz crime. Foi então condenado Bery, e declarado inocente Le-Brun. Mas, ai! o pobre Le-Brun já não existia: o indício da oportunidade para delinquir já o tinha assassinado!

*Artigo 2.º—Indício causal da capacidade moral para delinquir pela disposição geral do espírito da pessoa*

O homem, como um ser racional, não pode praticar uma acção, em geral, sem uma razão suficiente; e isto é verdadeiro até relativamente à acção criminosa. Mas pelo que respeita à acção criminosa, ainda há mais.

O espírito humano tem uma repugnância natural para o crime. Esta repugnância é fortificada pelo temor da reprovação e do desprezo social, que perseguem o delinquente; esta repugnância é fortalecida ainda pelo receio das penas remotas, mas infalíveis, com que a religião ameaça para além do túmulo, e pelo temor das penas iminentes, com que a lei ameaça aplicar logo que se comete o crime.

Se, portanto, o homem, como ser racional, tem sempre necessidade de um motivo para uma acção qualquer; quando se não trata, pois, de uma acção qualquer, mas de uma acção criminosa, existindo contra ela uma forte e natural repugnância, há necessidade, não de um motivo qualquer, mas de um motivo

poderoso, de um motivo que tenha a força de vencer aquela repugnância do espírito.

Ora é necessário observar que a repugnância para o delito, de que falamos, não é igualmente forte em todos os homens. Em alguns especialmente é ela enfraquecida pela corrupção do espírito e pelo hábito do mal; e todos vêem, que neste caso os motivos particulares, criminosos, teem um triunfo mais fácil. Por isso a tendência da vontade para se subordinar ao delito, ou, por outros termos, a capacidade moral para delinquir, tem duas causas: de um lado, o motivo, concreto que actua sobre o espírito por meio de impulsos particulares; do outro, a débil resistência que esta lhe opõe, devido às suas condições gerais. Subordinar a vontade ao delito não é mais que o efeito destas duas causas; uma necessária: o móvel particular criminoso, sem o qual não pode existir o delito; outra, contingente: a disposição geral criminosa, que pode ter, ou não, contribuído para a realização do delito.

Quando em uma determinada pessoa se encontra uma destas condições geradoras da vontade criminosa, e principalmente quando elas se encontram reunidas, o espírito liga-as ao delito, como causa a efeito, e em seguida, com uma probabilidade mais ou menos limitada, atribui o delito àquela pessoa determinada em que verificou as causas morais. É nisto que está o indício causal da capacidade moral para delinquir.

Do móvel particular para delinquir, sem o qual não pode haver delito, trataremos no capítulo seguinte. Aqui julgamos dever falar da inclinação genérica e pessoal para o delito.\*

A inclinação genérica e pessoal para o delito pode derivar de duas fontes: ou das acções da pessoa até ao momento do delito, ou das condições do seu organismo físico.

Emquanto aos actos da pessoa que precedem o delito, os quais determinam a disposição criminosa, êsses concretizam-se em delitos precedentes, em acções simplesmente perversas, ou em manifestações verbais da pessoa, reveladoras dos seus iníquos sentimentos; também compreendemos esta terceira categoria no título de acções, tomando a palavra acção em um

sentido muito geral, de modo a abranger como acto também a palavra.

Todos compreendem, que a índole criminosa se revela melhor pelos delitos precedentes; tanto melhor, quanto maior *é o* seu número, e ainda melhor, se são da mesma espécie do delito imputado. Todos compreendem, que a índole criminosa se revela peor nas acções perversas e ainda menos pelas simples manifestações verbais.

Estas três espécies de manifestação da disposição criminosa, são verificadas geralmente por meio de testemunhos públicos e particulares. Mas quando se trata de delitos precedentes, há uma forma particular de verificação: e é a sentença do magistrado. De tãda a forma, quando se querem considerar as acções de uma pessoa como manifestações de índole criminosa, seja qual fôr o meio de prova com que se procure verificá-las, é sempre necessário que se verifiquem de um modo certo.

Gabe aqui fazer uma observação probatória de grande importância. A vantagem, já o dissemos, da nossa classificação dos indícios, em causais e de efeito, está em obrigar a tomar conhecimento exacto da substância do indício; em obrigar a determinar, em que consiste pròpriamente o facto indicativo, em que o facto indicado, em que a sua relação. Ora sob o ponto de vista da nossa classificação, vimos que o facto indicativo do indício de que falamos, é a inclinação geral para cometer delitos, e facto indicado é o delito cometido. Nós sabemos no entanto, pelaí teorias gerais já expostas, que, para a legitimidade do indício, é| indispensável que o facto indicativo conste de um modo certo. Ora, ter-se provado de um modo certo que uma pessoa proferia palavras más, ou cometeu acções perversas ou até criminosas, não é já ter provado de uma forma certa o facto indicativo da sua disposição criminosa. As palavras más, ou as acções perversas, ou as criminosas que se provaram, devem ser de natureza a provarem, por uma vez, de um modo certo, a disposição crimi-nosa; de outra forma o indício não tem valor algum legítimo, ficando duvidoso o facto indicador: tem-se um indício dubitativo «de indício dubitativo. E, contudo, não se costuma atender a

isto, precisamente porque os indícios costumam fazer-se valer da um modo vago e indeterminado, sem se formar juízo das razões do que é propriamente facto indicativo, do que é facto indicado» e da natureza da relação que liga um ao **outro**. A nossa classificação tem o mérito de obrigar a estas determinações.

E necessário, portanto, que as acções verificadas sejam tais, ou em tal número, que deem a certeza da disposição criminosa, para que depois se possa **fazer** valer legitimamente esta disposição como facto indicativo do delito cometido. A prova das acções criminosas ou perversas, pode por vezes servir para destruir a alegada incapacidade moral para delinquir, ou para excluir a possibilidade da sua afirmação, sem que por isso prêste para fazer constar a tendência para delinquir.

Dissemos que a propensão para o delito, pode deduzir-se, não só das acções de uma pessoa, mas das suas condições físicas. E tão íntima a relação entre a alma e o corpo, que parece racional dever existir entre eles um influxo modificador; e que por isso do exame do homem externo se procure deduzir o homem interno, e que nas aparências externas visíveis se queira achar a revelação do interno invisível.

O corpo pode, em primeiro lugar, servir para a investigação moral, por isso que a actividade espiritual se reflecte sobre ele. As feições do rosto, cada uma das partes do organismo, o modo de trajar, de andar, de falar, de escrever; tudo aquilo, em suma, que pode ter uma importância particular para as condições particulares do espírito, pode servir para o revelar, por isso que é uma impressão d'ele. Está nisto, a razão justificativa e a matéria da fisionomia. E neste conceito genérico compreende-se também a cranioscopia. sempre que as conformações do crânio, em que se julga encontrar a revelação de disposições especiais do espírito, se considerem mais como efeito que como causa delas.

Mas o corpo também se presta à investigação do espírito, mesmo quando, por sua vez, influi sobre o espírito. Por outros termos, o físico do homem pode revelar o seu móvel, não só por ser uma impressão sua, mas também porque possui em si,

devido às suas condições materiais, necessidades e aptidões que se impõem ao espírito. É sob este critério, também, que se orientariam as doutrinas cranioscópicas, se se consideram as aptidões do espírito, não como causa, mas como efeito das conformações materiais do crânio. £ com este mesmo critério, que a idade e o sexo podem ser reveladores de tendências morais diversas. Assim, no homem novo supõem-se mais provavelmente tendências eróticas que no velho; assim, na mulher supõe-se mais facilmente a tendência para o delito consumado com insídia, que para o consumado por violência abertamente agressiva e lutadora.

A arte de perceber a índole moral do homem através do seu exterior, e de investigar as suas disposições ocultas, se oferece um largo campo aos manejos dos saltimbancos, tem sido também um severo assunto de meditação para os sábios. E, na verdade, se a fisionomia em geral, e a cranioscopia em especial, tivessem atingido um rigor científico capaz de autorizar a dedução de conclusões infalíveis dos dados que elas oferecem, seria isso um grande passo para a humanidade. Não se trataria simplesmente de uma grande conquista sob o ponto de vista da ciência, seria também uma grande conquista, sob o ponto de vista da vida. O malvado não poderia já esconder sempre, impenetrável e seguramente, o seu intento: o bom poderia precaver-se contra a malvadez latente, por aquilo que lhe fôsse revelado pelos dados perceptíveis aos olhos do homem; e a arte de bem governar, consistindo na polícia preventiva, teria achado, assim, uma orientação segura e eficaz. A teoria das provas encontraria então, também ela, o meio seguro e fácil de ler, no espírito dos indivíduos submetidos a julgamento, as suas paixões e as suas propensões. O espírito malvado não poderia ter já, em conclusão, a velhaca e insidiosa segurança de quem se sente bem acautelado.

Mas tudo isto não é por enquanto, senão uma arte bem equívoca e bem incerta de investigação; tudo isso por enquanto não é mais que uma tentativa científica, mais ou menos racional; não é mais por enquanto que um hábito prático, mais ou menos inconsciente e instintivo. E, a propósito deste assunto,



falo também de hábito prático, por que nós na vida diária fazemos aplicação contínua e inconsciente dos critérios fisionômicos. O nosso grau de estima, pelas pessoas que apenas conhecemos, não se determina senão por êste meio. Quando em seguida ao nosso primeiro encontro com um homem, de quem ignoramos tudo, nos deixamos levar confiados em um juízo geral de reprovação dizendo: «ó antipático», não fazemos mais do que afirmar instintiva e inconscientemente uma opinião desfavorável sobre o homem moral, deduzindo-a da observação do homem físico. B quando dizemos ao contrário: «é simpático», a nossa opinião favorável sobre o homem interno e invisível, é sempre do mesmo modo, deduzida da observação do homem externo e visível. Critérios sempre fisionômicos; mas, aí de mim, quantas vezes errôneos! Muitas vezes, almas boas, cheias de toda a gentileza, são caluniadas por um exterior repugnante, ou pelo menos desengraçado, ou simplesmente não revelador da beleza interna; muitas vezes, espíritos malvados, cheios de toda a perversidade, são acreditados por um exterior todo cheio de graça e de brandura. Os critérios físicos, pelo juízo do homem moral, são conseguintemente ainda critérios incertos, sobre que a teoria das provas se não pode basear. Á índole criminosa, como facto indicativo, não pode ser verificada pela simples observação do homem externo. As observações sobre o exterior do homem servirão antes de guia para a investigação das provas sobre o moral, que de prova. Assim, admitindo-se que o exterior de um homem manifesta uma certa violência de carácter, em vez de se aceitar esta sem mais como provada, será necessário encaminhar a investigação de modo a verificar por outros meios esta suposta violência, que depois, por sua vez, deverá servir de *facto indicativo* do delito cometido.

Temos até aqui falado das duas fontes donde deriva o convencimento da propensão para delinquir; e vimos que essa propensão, sendo chamada a funcionar como facto causal, indicativo do delito cometido, deve *verificar-se*, como qualquer outro facto indicativo, para se obter um indício legítimo. Observemos agora, que, mesmo quando se chega à certeza da propensão moral para

delinquir, também então o indício, que dela se extrai, não é ainda de grandes consequências.

À capacidade moral genérica para delinquir, não é mais que um indício acusador simplesmente verosímil. Mais concludente que este, é ao contrário o indício dirimente da incapacidade genérica moral para o delito. Mas, em primeiro lugar, vejamos em que sentido falamos aqui de incapacidade moral para delinquir.

Se houvesse uma incapacidade geral, absoluta e imprescindível, e se se chegasse a verificá-la, deixaria de haver possibilidade do crime, e caíria por terra toda a imputação. Mas esta incapacidade moral, absoluta, não existe; ela só pode ser relativa, para o homem: o livre arbítrio, que ele tem, pode sempre fazê-lo passar por sobre toda a convicção e todo o hábito honesto da sua vida. É sob este aspecto relativo, que nós consideramos o indício dirimente da incapacidade. Ora, considerando-o também sob este aspecto relativo, nós dizemos que o indício da incapacidade para delinquir é um indício dirimente, sempre mais concludente que o indício acusador da capacidade.

Com efeito, não se passa de um salto da vida honesta para o crime. A força probatória da incapacidade moral genérica, como indício absolutório, funda-se na experiência comum, que ensina que os homens que têm um passado honesto, não cometem ordinariamente crimes; portanto, encontrando-se no arguido um passado honesto, conclui-se logicamente pela probabilidade da sua inocência.

Mas, qual é ao contrário a base do indício acusatório da capacidade moral genérica para delinquir? E que ordinariamente os crimes são cometidos por aqueles, cujo passado os tem revelado como perversos. Consequentemente, a conclusão logicamente provável que daí se pode tirar, é que o acusado, tendo-se revelado malvado no seu passado, é *um dos que* provavelmente cometeram o crime. Tem-se um indício provável *para a classe* dos malvados: para o indivíduo não pode ser mais que um indício simplesmente verosímil.

ARTIGO 3.º—*Indício causal da capacidade moral para delinquir por um impulso particular para o crime*

No artigo precedente dissemos já que o homem, como ser racional, tem sempre necessidade de uma razão determinante para praticar uma acção, e que com maioria de razão e impreterivelmente tem por isso necessidade da razão determinante, quando se trata de pôr em prática uma acção criminosa, por isso que o espirito humano tem uma repugnância natural para o crime, que é fortalecida pelas penas sociais, religiosas e legais. A razão determinante para delinquir, enquanto tem a força de mover a vontade para o delito, diz-se *motivo*, considerando-a antes sob o ponto de vista da potência; e chama-se móvel, considerando-a antes sob o ponto de vista do acto. Ora, compreende-se facilmente que este movei, que faz dobrar a vontade para um determinado delito, é a causa moral particular desse delito. É por isso, que quando se encontra em uma pessoa um motivo particular, o espirito liga-o ao delito cometido, como causa e efeito; e depois, com uma probabilidade maior ou menor, atribui o delito aquela pessoa determinada, em que verificou a causa particular moral, ou seja o motivo determinante: nisto está o indício causal do motivo para delinquir.

Antes de passar adiante no desenvolvimento deste assunto, afim de tornar mais claro o que temos dito, é conveniente observar que o móvel, ou motivo se assim se lhe quiser chamar, pode ser considerado sob dois aspectos diversos, que conduzem à sua distinção em *interno* e *externo*, conforme ele é considerado como affecto do espirito, ou como causa externa que aquele affecto produz. A causa imediata do delito está sempre no móvel interno; mas o móvel externo serve para determinar não só a natureza do primeiro, como também a sua medida, e consequentemente a sua força probatória. É necessário portanto ter presente este duplo aspecto do móvel para delinquir, quando se queira proceder por uma forma clara e precisa ao seu estudo.

O espirito humano é naturalmente bom; ele não consentiria

em se dobrar ao mal e ao delito, sem o pervertimento das suas paixões. O estudo, por isso, dos motivos da delinquência, resolve-se no estudo das paixões.

A paixão fundamental do espírito humano é o amor; dêle nasce o ódio, como a sombra da luz. Entre a fonte da luz e a sua esfera de irradiação, coloque-se um objecto material, e tem-se a sombra; entre o amor de um objecto e o próprio objecto cobiçado, coloque-se um obstáculo moral, e tereis o ódio. O ódio é, assim, o filho tenebroso do amor. Por outros têrmos, em linguagem logicamente severa, o ódio tem per objecto o mal; o mal é a privação do bem; consequentemente, o ódio do mal nasce do amor do bem. A tendência, pois, predominante da vontade é a tendência para o bem; e mesmo quando o homem pratica acções perversas e criminosas, não é porque ame o mal como mal, e odeie o bem como bem; não, é porque as paixões triunfantes, ofuscando nêle a serenidade do seu critério, fazem com que o mal lhe pareça bem, e bem o mal.

As paixões humanas não se impõem à vontade, arrastando-a à acção, sem um impulso exterior: a entrada em movimento da actividade humana, é sempre determinada por um impulso exterior.

Os impulsos externos que actuam sôbre o espírito humano, em vista do que temos dito, são de duas espécies: impulsos que actuam com a força da atracção; impulsos que actuam com a força da repulsão: o bem ou a aparência do bem, os primeiros; o mal ou a aparência do mal, os segundos. Analisemo-los rapidamente, começando pelos impulsos originados pelo aspecto do mal.

Dissemos, que o sentimento de repulsão, que o espírito tem para o mal, se chama ódio. O ódio nêste sentido, compreende todo o sentimento de repulsão, que, em geral, se tem para o mal. Mas o ódio, compreende-se também em um sentido específico, que é bom determinar, juntamente com as outras formas específicas que a repulsão assume em face do mal.

O mal pode exercer a sua influência repelente sôbre o espírito humano de uma dupla maneira, quer ferindo o homem efectivamente, quer ameaçando feri-lo: *mal sofrido*, no primeiro caso; *mal a sofrer*, no segundo.

*O mal sofrido*, quando se sofre actualmente, faz nascer, em primeiro lugar, relativamente ao mal em si mesmo, o *desejo violento de o repelir*, e de se livrar dêle; desejo, que supomos violento, admitindo que o mal seria de uma certa gravidade, porquanto na hipótese contrária, quando se trate de mal facilmente supôrtável, o desejo de o repelir resolve-se, de preferência, em um desejo de bem, e a paixão categoriza-se, então, entre aquelas que nascem do aspecto de um *bem*. O próprio *mal sofrido*, considerado em seguida relativamente ao *autor*, desperta a *ira*, se o mal ó actual, ou também, simplesmente recente; desperta o *ódio* em sentido específico, se o mal é remoto.

O *mal futuro* desperta no espírito humano outra paixão: o *temor*, que, para sermos exactos, se subdistingue em temor de um *mal eminente*, e temor de um *mal não eminente*. E eis como, do mal ou da aparência do mal, surgem cinco paixões: desejo violento de repelir o mal, ira, ódio em sentido específico, temor do mal eminente, e temor do mal não eminente. Cinco móveis para o delito, quando se considerara como impulsos criminosos.

Do bem ou da aparência do bem, não nasce senão uma paixão: a *cubiça*; um móvel para o delito, que consiste no desejo desordenado e poderoso do que nos aparece como um bem. Êste móvel é maior ou menor, segundo a grandeza do bem cubiçado por um lado, e a privação dêle, naquele que o cubiça, por outro.

Passai, pois, em revista todos os motivos particulares que podem determinar ao delito; e encontrareis sempre, que êles se reduzem às seis paixões genéricas que designamos: desejo violento de repelir o mal, a ira, o ódio em sentido específico, o temor do mal eminente, o temor de um mal remoto, e a cubiça. É fácil a cada um fazer esta análise; e por isso parece-nos inútil demonstrarmo-nos mais nêste ponto.

Os impulsos externos, porém, não actuam sempre do mesmo, modo sôbre o espírito humano. Umas vezes actuam de um modo-rápido e violento, despertando paixões cegas e não racionadas; outras actuam com uma acção mais lenta, despertando paixões que, comquanto criminosas, são contudo esclarecidas e raciona-

nadas. Quando estas paixões dão o impulso ao delito, tem-se no primeiro caso um *móvel de ímpeto*, tem-se no segundo um *móvel reflexo*.

Resolvem-se em móveis impetuosos, as paixões nascidas do aspecto do mal próximo; próximo passado ou próximo futuro, recente ou eminente, a paixão da *ira* como a do *temor de um mal* eminente, temor que, pela sua grande intensidade, se denomina mais propriamente *mêdo*. Compreende-se facilmente como a vivacidade da dor do mal então sofrido, como a agitação imprevista produzida pelo mal ameaçado como eminente, devem ofuscar a lucidez do juízo e a calma da razão.

Mas se o *mal próximo* sofrido e o *mal próximo* a sofrer, dão lugar a dois móveis de ímpeto, com maior razão deve dar lugar a um móvel de ímpeto o *mal presente*, o mal de uma certa gravidade que se sofre. Quando se está sob o.s espinhos de um mal que se não supôrtar fãcilmente, o espírito já não raciocina com calma; mas sente violentamente a necessidade de se livrar dêle, por vezes mesmo, para alguns, á custa de um delito; e eis o desejo violento de repelir o mal, convertido em outro móvel impetuoso de delinqüência, que convém chamar *ímpeto da necessidade* em sentido geral, porquanto consiste na necessidade violenta de se libertar no mal. Quando o mal que nos atormenta nos impele á revolta contra o que nos atormenta, êste movimento do espírito compreende-se na *ira*; mas quando o espírito se dispõe a actuar eventualmente em prejuízo de terceiro, para se libertar de um mal que está sofrendo, esta sua disposição não encontra cabimento na *ira*, e é necessário exprimi-la, se me não engano, com a nossa fórmula especial. O naufrago que arrebatou a táboa a outro naufrago, para se agarrar a ela por sua vez e conseguir assim salvar-se, não lha arrebatou por *ira*, mas pela violenta necessidade de repelir o próprio mal. Êste ímpeto de necessidade de que falo, não deve por outro lado confundir-se com a cubiça. O ladrão que impellido pelo aguilhão da fome rouba um pão para a matar, não rouba por cubiça: não há nêle o simples desejo de afastar de si um mal fãcil de supôrtar, o que, na calma relativa do espírito, se converte, mais que em

qualquer outro caso, no *desejo de um gôzo a mais*; é ao contrário poderosa no seu espírito a necessidade de se libertar do mal atormentador e não fácil de supôrtar que é a fome. Quando esta *necessidade*, por fôrça do mal que se sofre toma uma tal fôrça que se lhe não pode resistir, tem-se o *majo-ris rei impetus cui resisti non potest*, e cessa tôda a imputabilidade; coisa que sucede tanto pela fôrça de um mal aptual, como pelo mêdo irresistível da ameaça de um mal eminente. Nesta hipótese, já se não está em face de casos de *ímpeto* em sentido restrito, mas sim de casos de *coacção* da vontade; já se não trata de casos de *desculpa*, mas de *circunstâncias justificativas*. Êste último é, de resto, um ponto de vista alheio ao nosso assunto: basta-nos mencionar sòmente que os móveis de ímpeto, relativamente à imputação, convertem-se em uma *desculpa* ou em uma *circunstância dirimente* da acção materialmente criminosa.

Concluindo, são móveis de ímpeto os que nascem do mal presente, recente, ou iminente, isto é, o desejo violento de repelir o mal, a ira, e o temor de um mal próximo: ímpeto de necessidade, ímpeto de ira e ímpeto de têrror. I Se portanto o *mal sofrido* é um mal remoto, então aquela revolta violenta e cega do espírito, que tem lugar em presença do mal então sofrido, cede o lugar a um sentimento mais calmo e mais raciocinado de ódio: à violência cega da *ira* sucede, assim, a calma raciocinadora do *ódio* em sentido específico, contra o autor do mal. O *ódio* é portanto um impulso seflexo de delinquência.

Assim, pois, quando o *mal a sofrer* não é um mal iminente, mas sim longínquo, então todos compreendem que o seu aspecto não pode gerar no espírito aquele desvairamento cego e violento em que se concretiza o ímpeto da paixão: o espírito humano, sabendo ter diante de si o tempo suficiente para apagar os golpes do mal que o ameaça, não perde o seu sangue frio. Em lugar do mêdo impetuoso e cego do mal iminente, tem-se o receio calmo e calculador do mal longínquo. A ameaça de um *mal remoto*, dá consequentemente lugar a outro impulso reflexo de delinquência.

Portanto, se do *mal presente e próximo* nascem três móveis que são o ímpeto da necessidade, o ímpeto da ira e o ímpeto do têrror: do *mal remoto* nascem também dois impulsos reflexos do delito: o ódio em sentido específico, e o temor de um mal remoto.

Pode, pois, considerar-se sempre como reflexo o impulso que nasce do aspecto de um *bem*. O desejo vivo de uma coisa, que leva à coordenação das acções para o seu conseguimento, em vez de ofuscar as faculdades do espírito, costuma antes avivá-las. A *cubiça* é, portanto, sob um ponto de vista geral, uma paixão raciocinadora; e o impulso que dela deriva é um impulso reflexo.

Não descemos a ulteriores análises particulares, porque seriam alheias ao nosso assunto. O que temos dito até aqui, não tem por fim principalmente senão aclarar a distinção entre móvel de ímpeto e móvel reflexo, distinção que, se tem a sua grandíssima importância em matéria de imputação, não é inútil em matéria de prova.

Com efeito, como nas paixões que constituem um móvel de ímpeto se encontra um estímulo mais forte, que nas constituídas por um móvel reflexo, deduz-se logicamente que a relação de causalidade entre o móvel do ímpeto e o delito, é mais eficaz do que o do móvel reflexo; e portanto, a existência de um móvel da natureza do primeiro, constitui um indício mais concludente do que o proveniente da existência de um móvel da segunda espécie. E eis uma primeira verdade probatória derivada desta classificação.

Junte-se a isto também, que, para que um móvel reflexo tenha uma certa força de indício, é necessário haver proporção entre êle e o delito, porquanto o espírito humano, sob o estímulo de um móvel reflexo, não perde, como dissemos, a serenidade do seu raciocínio, e não pode por isso por uma pequena e desproporcionada causa, falando genêricamente, determinar-se ao delito. O móvel reflexo, para funcionar como indício, deve ser, portanto, ainda mais proporcionado ao delito, do que necessita ser relativamente ao impulso impetuoso. E eis aqui uma segunda verdade probatória que se liga à mesma classificação. A propósito desta segunda verdade probatória, compreende-se, pois, que a propor-



cionalidade de que falamos é sempre considerada relativamente à disposição subjectiva da pessoa, sobre que se julga ter actuado o móvel: impelir ao homicídio um indivíduo desordeiro, será sempre mais fácil, que impelir uma pessoa tranqüila. E basta sobre o assunto.

Examinemos agora uma última classificação, que julgamos importante para o nosso assunto, e que se baseia na consideração das pessoas sobre cujo espírito, pela sua natureza, actuam os impulsos para delinquir.

Há motivos de delinquência, que consistem em uma relação particular entre o suposto delinquente por um lado, e o paciente ou o sujeito passivo da consumação do crime por outro<sup>1</sup>. Assim, se a propósito de um crime contra a pessoa do ofendido, se fazem valer, como motivos indiciadores da pessoa do delinquente, a ira ou o ódio provenientes de uma injúria sofrida, estes motivos indiciadores consistem simplesmente em uma relação particular entre o ofendido e o suposto ofensor. Assim, se, tendo desaparecido um objecto de uma colecção, se faz valer contra Tício, coleccionador entusiasta, o motivo indiciador de querer completar a sua colecção, a que faltava precisamente o objecto desaparecido; este motivo indiciador consiste em uma relação particular entre a pessoa do suposto ladrão e a coisa particular roubada. Ora é conveniente determinar por meio de denominações particulares os motivos desta espécie; e nós julgamos que, como eles não nascem senão das relações singulares de uma determinada pessoa, fica bem denominá-los *pessoais*.

<sup>1</sup> *Paciente e sujeito passivo* do crime, não são o mesmo. O *paciente*, ou por outros termos, o *ofendido*, é aquele de quem, pelo meio do crime, é violado o direito concreto. O *sujeito passivo* consiste na coisa ou pessoa sobre que recai a acção criminosa em geral: a coisa ou a pessoa sobre que recai a *acção consumadora* do crime é o sujeito passivo da consumação, em especial; a coisa ou pessoa sobre que recai a acção *executória*, mas não consumatória, do crime, é o sujeito passivo da violência. Assim, é sujeito passivo do acto, no roubo, a porta arrombada para a introdução afim de roubar, é sujeito passivo da consumação a coisa roubada; o paciente do roubo é o proprietário.

Há pois outros motivos, que actuam sôbre o espírito humano, abstraindo do sujeito individual passivo e do paciente individual de um determinado crime; e por isso que se encontram em todos os homens, ou em grande parte dêles, êstes impulsos denominara-se *comuns*. Assim, a cubiça, manifesta ou latente, do locupletamento, é geral nos espíritos, excepto nos que chegam à altura do desinterêsse, pela elevação moral ou religiosa. Assim, a cubiça, manifesta ou latente, dos prazeres venéreos, é geral nos homens; e são poucos os que a ela se subtraem, por fraqueza física, ou pela fôrça moral. Assim, o ódio de partido, que, no caso de encarniçadas lutas internas, se faz valer como móvel indiciador contra Ticio, para o assassinato de Gaio, é um móvel comum a muitos outros cidadãos, isto é, a todos os que militam pelo mesmo partido de Ticio.

Há finalmente motivos, de que, comquanto a paixão fundamental seja *comum*, o grau, isto é, a *intensidade da paixão*, é *pessoal*, ou seja particular a uma determinada pessoa. A êstes móveis parece-nos exacto chamar-lhes *comuns-pessoais*. Assim a cubiça do locupletamento é *comum*; mas, em determinado indivíduo, pode ter atingido um tal grau de intensidade não comum, que se torne particular e característica da sua pessoa. O mesmo pode dizer-se de qualquer outro motivo comum.

O motivo comum só é tal relativamente à sua intensidade média. Do momento que atinge um grau de intensidade superior à média, um grau de intensidade particular a uma determinada pessoa, torna-se pessoal a êste respeito, e tem-se portanto um motivo *comum-pessoal*.

A estas noções que temos determinado dos motivos comuns, comuns-pessoais e pessoais, ligam-se muitas variedades importantes, que é bom mencionar.

Dado um crime, e dada a existência de um motivo para o cometer em uma pessoa, surge naturalmente a pergunta, sôbre se êste motivo tem sempre a mesma fôrça probatória. Ora a resposta a esta pergunta encontra-se nas noções precedentes. Os motivos comuns não podem ter valor algum probatório; porquanto o que é comum a uma grande parte dos homens, não pode servir

para indicar nenhum dêles individualmente. Os motivos comuns--pessoais teem o valor probatório de fracos indícios, de indícios simplesmente verosímeis; pois que, comquanto consistam em uma intensidade particular da paixão que se considera como causa do delito, intensidade particular verificada como sendo própria de uma dada pessoa, mesmo para quem conhece o coração humano, e sabe o rápido e espontâneo desenvolvimento que as paixões podem ter em todos os homens, apresenta-se sempre ao espírito a hipótese de que aquela mesma intensidade de paixão possa facilmente encontrar-se também em outra pessoa, em que se acharia assim, por sua vez, a paixão causadora do delito. Todos compreendem como isto enfraquece a determinação causal do indício comum-pessoal. Indícios de uma probabilidade mais concludente são, ao contrário, os motivos pessoais, pois que consistem em uma relação concreta e exclusivamente individual de uma dada pessoa.

Não é inútil aqui observar que se os motivos para delinquir, como provas da criminalidade, não teem valor algum, ou teem um valor mais ou menos fraco que os indícios, a ausência verificada de motivos tem, ao contrário, um valor decisivo como prova da inocência.

Se se não admite um motivo criminoso no acusado relativamente ao delito que se julga, a sua acção não pode ser considerada como acção *humana*, porquanto o homem tem sempre um fim nas suas acções; e, se não pode considerar-se como acção humana, desaparece tôda a responsabilidade, e não se pode por isso pronunciar legitimamente uma condenação.

Será, portanto, necessário apresentar sempre uma prova particular do motivo para delinquir? Também aqui, a resposta se acha ligada à nossa classificação precedente; e aparece uma nova ordem de corolários.

Quando um crime é explicado por um impulso comum, não é necessário verificá-lo por meio de uma prova especial, como existente no acusado; basta a simples presunção para se admitir a sua existência nêle. Suponhamos que se provou contra Ticio a materialidade de um furto, será acaso necessário provar, com uma prova especial, que êle tinha em vista o lucro? Não, o

desejo do lucro é comum a todos os homens, e a simples presunção basta para o fazer admitir em Tício, cuja acção material de furto se verificou. Se, ao contrário, à apropriação material da coisa alheia perpetrada por Tício, se quisesse atribuir o intento de se reapoderar do que é seu ou de fazer um dano; resolvendo-se, estes, em motivos pessoais, é então que seria necessário prová-lo de um modo especial, antes de condenar por se ter feito justiça ou pelo dano produzido. E neste ponto, chamo a atenção do leitor sobre estes exemplos apresentados, para lhe fazer observar como a diferença do móvel pode resolver-se em diferença substancial do crime: a própria apropriação material de uma coisa pode ser um furto, uma readquisição, ou dano produzido, segundo o diverso motivo que guiou a acção. E proseguindo, suponhamos ainda, que se verificou a materialidade de um estupro, atribuído a Tício: Será acaso necessário, com uma prova especial, provar nele um fim libidinoso? De modo algum! a lascívia é um impulso *comum*; e basta por isso a simples presunção para se admitir a sua existência em Tício, cuja acção material do estupro se provou. Se, ao contrário, se quisesse atribuir à materialidade do estupro, suponhamos, o fim de infligir uma vergonha, este fim resolvendo-se em um impulso *pessoal*, é então, que seria necessária uma prova especial para o fazer constar. Em conclusão: o móvel comum do crime não tem necessidade de uma prova especial.

Passemos agora à verificação dos móveis do crime comuns-pessoais. Vimos que estes têm um valor probatório, que os simplesmente *comuns* não têm, e por tanto os primeiros distinguem-se dos segundos, como factos probatórios. Observaremos, agora, que, relativamente àquela verificação do impulso necessário para condenar, os comuns-pessoais confundem-se com os simplesmente comuns; porquanto, ainda que fôsse necessário uma dada força, não comum, de móvel, para o crime que se julga, contudo, atendendo ao fácil e tácito desenvolvimento que as paixões podem ter em todos os homens, presume-se sempre que aquela tal força necessária se tenha unido à paixão daquele acusado, cuja acção material criminosa se acha por outro modo provada.

Por isso, mesmo quando para se explicar um crime é necessário um impulso comum-pessoal, não é necessário estabelecê-lo com uma prova especial, como subsistente no acusado; a simples presunção basta mesmo aqui, para o fazer admitir. O assassinato de um homem com o intuito de roubo, requer uma cubiça não comum pela sua intensidade; mas nem por isso existe obrigação de provar este impulso comum-pessoal, quando se tenha provado a materialidade do homicídio e do furto consumados por Ticio.

Mas para sermos exactos, é necessário observar que nêstes casos precedentes, em que a presunção basta para estabelecer a existência do móvel do crime no acusado, essa presunção é acompanhada sempre de um indício concludentíssimo. A materialidade criminosa, em quanto é atribuída com certeza ao acusado, é um facto indicativo de um grande valor, de ter actuado nêle, com a fôrça necessária, aquele mesmo impulso que a presunção faz supôr. E este indício é *necessário*, quando, tendo-se excluído tôdas as hipóteses, não resta mais que a hipótese daquele dado impulso para explicar o facto material.

E, por isso, necessário nunca esquecer que, se o móvel comum-pessoal se considera, não porque resulte dos factos criminosos provados, mas porque deve, ao contrário, provar os factos: quando se queira, em suma, empregá-lo como indício da criminalidade, é então necessário uma prova especial para verificar aquela tal intensidade particular, em que consiste a individualidade do móvel do crime, e consequinteraente a sua fôrça de indício causal.

Passemos, agora, à verificação do móvel do crime puramente pessoal. Quando o crime se não explica por impulso algum comum, ou comum-pessoal, quando se lhe atribui um impulso simplesmente pessoal, então, para afirmar determinadamente a existência dêle em um indivíduo, é necessário apresentar uma prova especial: já não é o caso dos motivos comuns ou comuns-pessoais, que se afirmam por uma simples presunção, acompanhada do indício da materialidade da acção. O assassinato de Ticio, admitamos, é imputado a Caio. Porque teria morto, Caio? Pode ter morto com a cubiça do lucro, fundada em uma relação pessoal

que é necessário provar; como quando êle tivesse querido, com o assassinato, apropriar-se de uma soma que Ticio lhe emprestara; pode ter assassinado pela ira despertada nêle por uma injúria recente, ou por ódio, proveniente de uma antiga injúria; pode ter assassinado por receio de um mal com que Ticio o ameaçou. Eis outros tantos motivos, todos êles consistentes em relações pessoais, nenhum dos quais se pode admitir só por si como presunção, nenhum dos quais é indicado em particular pela materialidade da acção. É necessário provar de um modo especial que Gaio tinha um motivo pessoal de lucro, de ira, de ódio, de temor, ou de qualquer outra espécie, para poder em particular afirmar como existente um dêstes motivos determinados. Quando se verificasse a ausência de motivos, esta ausência, como dissemos, é uma grande prova da inocência.

A alguém parecerá que nos delitos contra as pessoas, esta prova que nós afirmamos de inocência, se resolve ao contrário em prova de maior criminalidade. E observar-nos hão que a agravante do impulso de malvadez brutal consiste precisamente na ausência de causa: dizer-nos hão que, com efeito, os códigos falando dêste impulso teem ajuntado: *sem outra causa*, ou então falam de *simples* impulso de brutal malvadez; alegar-se há nêste caso a autoridade dos escritores, que, por sua vez, afirmaram explicitamente que para haver o impulso de brutal malvadez deve ser *certa a falta de uma qualquer causa* <sup>1</sup>. Eu, na verdade, peço perdão aos sábios legisladores e aos doutos escritores; mas não posso concordar com o seu parecer, pelo menos quanto à forma por que o exprimem. Compreendo a maior imputabilidade do impulso brutal, quando se parte da hipótese de motivos mínimos, desproporcionados, insuficientes, que atingiriam a sua eficácia máxima no impulso geral da disposição para delinquir, despertando, assim, maior alarme na sociedade. Mas se se parte, em rigor, da hipótese de ser certa *a falta de qualquer causa*,

<sup>1</sup> Veja-se PESSINA, *Diritto Penale*, vol. II, § 24.

já não posso compreendê-la. Parece-lhes que neste caso se esteja em frente de um homem responsável pelos seus actos?

Chamaram ao homicídio sem causa alguma, *homicídio bestial*; mas, peço desculpa, quanto a mim parece-me, dêste modo, caluniarem-se também os animais. Os próprios animais, com efeito, não matam *absolutamente* sem motivo. Um animal mata outro porque vê nele um concorrente ao seu magro banquete, ou porque quer saciar directamente sobre ele a sua fome, ou porque vê, pelo menos, nele um invasor dos lugares que considera como um reino. Um animal mata outro por rivalidade de amor, se do mesmo sexo, ou também, se é de sexo diverso, um macho mata, por vezes, uma fêmea, quando encontra nela resistência à satisfação das suas necessidades sexuais. Em suma, um motivo, comquanto mínimo, tem-no também sempre o animal; havendo falta absoluta de motivos, nem ele mesmo mata.

O homicídio sem uma causa qualquer não deve portanto chamar-se bestial; só pode chamar-se maniaco. Dada a ausência *absoluta e verificada* de todo o motivo, ainda que mínimo e insuficiente, conclui-se, que a imputação de homicídio é uma imputação de uma coisa moralmente impossível, ou que o homicídio foi cometido em um acesso de loucura. A vontade que se determina a uma acção grave e criminosa, não tendo absolutamente motivo algum, e desafiando ao mesmo tempo a reprobção e o desprezo da sociedade, desafiando as penas com que a religião ameaça para além do túmulo, e com que a lei ameaça imediatamente, não pode ser senão uma vontade dominada pela loucura: é uma doença aguda da vontade que tem o seu reflexo na inteligência, como as doenças agudas da inteligência tem o seu reflexo sobre a vontade; ó um caso patológico, não um caso penal; é necessário o manicómio, e não o cárcere. Mas assim ameaçamos sair do nosso assunto; ponhamos ponto.

Voltando para trás, convém agora recapitular as classificações a que temos submetido o motivo para delinquir. Três espécies há.

Considerando o motivo interno emquanto à sua natureza *substancial*, derivada da diferença do impulso externo que o cria,

classificamo-lo em desejo violento de repelir o mal, em ira, em ódio, em pavor de um mal iminente, em receio de um mal longínquo, e em cubiça: os cinco primeiros motivos são derivados do ódio em sentido genérico, isto é, do sentimento repulsivo do espírito humano para com o que se lhe apresenta como mal; o último, a cubiça, não é senão a determinação genérica do sentimento de atracção do espírito para o que se lhe apresenta como bem. Ao todo, seis motivos para delinquir.

Considerando, em seguida, o motivo interno para delinquir relativamente à natureza da sua *modalidade*, derivada do modo concreto como o impulso externo actua sobre o espírito, distinguimo-lo em móvel de ímpeto e em móvel reflexo. E dos seis impulsos possíveis vimos que três são de ímpeto e três reflexos: são impulsos de ímpeto, o ímpeto da necessidade, o ímpeto da ira e o ímpeto do medo; são móveis reflexos, o ódio, o temor de um mal longínquo e a cubiça.

Considerando, finalmente, os motivos emquanto ao *sujeito* relativamente ao qual se apresentam como possível modificador, isto é, emquanto se apresentam como actuando sobre muitas pessoas, ou sobre cada pessoa, distinguimo-lo em comum, pessoal, e comum-pessoal.

Não podemos encerrar este capítulo sem lançarmos uma última vista de olhos sobre a natureza genérica do que se denominou motivo para delinquir. Dissemos já que o *motivo* em acção, isto é, o *motivo* emquanto actua realmente sobre a vontade, é denominado mais propriamente *móvel*. Ora é bom observar que o *móvel interno*, emquanto a vontade sob a sua pressão tende para o delito, resolve-se na *intenção*. Em seus efeitos, a intenção não é mais que *um esforço da vontade para o delito*, como a define Carrara, ou, por outros termos, a intenção é a tendência efectiva da vontade para o delito. Esta tendência tem como ponto de partida, e como ponto de chegada, o móvel do crime: ponto de partida, porque d'ele provém o primeiro impulso da vontade, o ponto de partida, direi assim, para o delito; ponto de chegada, porque por êle se determina o limite a que quer chegar a vontade, *meta optata criminis*.



Posto isto, para a integridade e para a precisão das teorias, é importantíssimo notar que a intenção, como já o dissemos a propósito de prova directa, não é *elemento* do delito, senão naquilo em que é concomitante à acção. À intenção precedente ao delito, em quanto não aparece, sem solução de continuidade, ligada à acção criminosa, é um facto diverso do delito, que pode prová-lo por força indirecta. E por isso as manifestações mesmo directas da intenção precedente ao delito, quando ela se considera destacada do próprio delito, teem sempre um *conteúdo de prova indirecta*; são outros tantos indícios causais que servem para indicar, como causa do efeito, a intenção determinada e sucessiva, concomitante à acção, e constitutiva do verdadeiro elemento criminoso. Assim, as ameaças feitas ao ofendido precedentemente ao delito, ou os conselhos solicitados de outrem sobre o modo de consumir o delito, quando mesmo pela sua determinação sejam uma revelação directa da intenção, mesmo quando se apresentam como manifestação de uma intenção precedente ao delito e destacada dêle, não são mais do que sub-indícios causais da tendência moral, particular e efectiva, para delinquir, em que consiste propriamente aquele elemento subjectivo do delito que se denomina intenção criminosa.

Todos êstes factos, pois, que levam a estabelecer a tendência particular para delinquir, por isso que são uma consequência dela mais ou menos provável, são indícios *de efeito* da tendência particular para delinquir; revelam essa tendência como o efeito revela a causa. Assim, certos actos que se consideram simplesmente preparatórios ao delito, como a aquisição de armas, são simplesmente indícios *de efeito* da tendência para delinquir. É necessário, porém, notar que êstes indícios quando considerados como reveladores de uma tendência para delinquir, precedente ao delito, e destacada dêle, são propriamente indícios de *efeito da tendência para delinquir*, e não *do delito*, porquanto a tendência para delinquir não constitui aquele elemento criminoso que se chama intenção criminosa, senão enquanto se considera ligada, sem solução de continuidade, á acção criminosa. São, por isso, propriamente, indícios de efeito da intenção crimi-

nosa, e por isso do *delito* no seu elemento subjectivo, sòmente aquêles factos que se consideram capazes de fazer concluir pela intenção criminosa como perseverante no perpetrar da acção!

ARTIGO 4.º—*Indício de efeito dos vestígios materiais do delito*

Uma cansa só revela o seu efeito por meio da sua modalidade natural, extrínseca ou intrínseca; modalidade moral ou física, segundo se trata de causa moral ou de causa física. É sempre das modalidades naturais das causas, que se deduz o seu efeito.

Um efeito ao contrário revela a sua causa por diversas razões; mas sempre que uma coisa serve para indicar uma outra apresentando-se como seu efeito, tem-se um indício de efeito. Falaremos no artigo seguinte do modo como um efeito pode *moralmente* indicar a sua causa; aqui ocupar-nos hemos da diversa maneira pela qual um efeito pode indicar a sua causa *fisicamente*.

Um efeito pode fisicamente revelar a sua causa, pela sua modalidade natural, ou pela alteração produzida na sua modalidade.

Um facto é revelador da sua causa pela própria modalidade natural, quando êste é, direi assim, produzido de uma forma generativa, quando pode considerar-se em si, isto ó, como tendo vida própria, distinta das outras coisas, e não como consistindo exclusivamente em modificações de outras coisas. É nestas condições que um facto pode revelar a sua causa, não por modificações sofridas, mas pela sua modalidade natural própria, extrínseca ou intrínseca. Assim, a criança que, pelas suas condições naturais de recém-nascido, revela o parto recente de uma mulher, revela-o não só pelas modificações produzidas na sua modalidade natural, mas pelo seu próprio modo natural de ser.

Por outro lado, esta maneira de revelar a causa não tem, em geral, importância, relativamente ao delito. O delito não é um facto que tenha vida própria ou automática no meio dos outros factos. A materialidade do delito consiste sempre em mo-

dificações das coisas ou das pessoas; e está nisso a sua ilegitimidade: na perturbação do legítimo modo de ser das coisas ou das pessoas, calcaudo o direito da pessoa relativamente a si mesma, relativamente às outras pessoas, ou relativamente às coisas.

Mas dissemos que havia outra maneira pela qual o efeito pode fisicamente indicar a sua causa: pode indicá-la pelas modificações produzidas. Para que uma nova realidade entre materialmente na coexistência de outras realidades, é necessário uma espécie de adaptação física da primeira no meio das outras, ou em prejuízo das outras. Todo o facto em geral, e todo o delito em especial, no curso da sua realização material no espaço, vai de encontro às outras realidades existentes, produzindo-lhes modificações físicas. Estas modificações só podem ser de duas espécies: alteração emquanto ao *modo* de ser, alteração emquanto ao *lugar* de ser, *alteração* e *locomoção*. Eis a grande fonte das provas reais directas e indirectas.

Emquanto a *alteração* e a *locomoção* teem lugar sôbre o sujeito passivo da consumação <sup>1</sup>, realizando o facto criminoso, teem-se as provas *directas*. O cadáver, a ferida, a casa incendiada, e coisas semelhantes, são provas directas por alteração. A pessoa sequestrada, encontrada na prisão arbitrária de um particular, a coisa roubada, achada na casa do ladrão, e outras que tais, são provas directas por locomoção. Aqui não temos que nos ocupar de provas directas; mas devemos chamar, mais uma vez, a atenção do leitor para uma verdade já desenvolvida em lugar próprio. O elemento criminoso, constitutivo da prova directa emquanto a si mesmo, pode funcionar como prova indirecta relativamente aos outros elementos do delito. Consequentemente as modalidades apresentadas, quer pelo cadáver, quer pela ferida, quer pela casa incendiada, podem ser um *indicio* do assassino, da pessoa que feriu e do incendiário. Consequente-mente o lugar que serviu de cárcere arbitrário e privado, ou de

<sup>1</sup> O sujeito passivo da consumação do crime é, repetimo-lo, a coisa ou a pessoa sôbre que se exerce a acção consumadora do crime.

Teceptáculo da coisa roubada, pode ser um indício da pessoa do sequestrador, ou da do ladrão.

Mas, além do sujeito passivo da consumação do crime, a *alteração* ou a *locomoção* pode ter lugar sôbre outras coisas diversas do delito. Tem-se então a prova simplesmente indirecta, tem-se uma coisa diversa do delito, que prova o delito: coisa que, sempre, não tem lugar senão pela alteração ou pela locomoção.

Não havendo, portanto, senão duas espécies de modificações materiais reveladoras do delito, derivam daqui igualmente duas espécies de indícios por modificação das coisas: indícios por alteração, indícios por locomoção. Tomemos para exame todos os indícios do delito consistentes em modificações materiais das coisas, e encontraremos sempre a sua substância probatória na alteração, ou na locomoção. Digamos algumas palavras exemplificativas a seu respeito.

Não é só do desenvolver da acção criminosa propriamente dita, mas também do que a precede imediatamente, do que a acompanha, e do que a segue, que pode nascer aquela modificação no modo de ser das coisas que chamamos *alteração*, e que pode funcionar como prova indirecta de efeito do delito. São mil os factos concretos que podem coordenar-se nesta categoria.

Um indivíduo foi morto à facada, em pleno campo: no terreno húmido, junto das pègadas correspondentes aos pés da vítima, outras pègadas há que correspondem aos pés do acusado.

Teve lugar um roubo em um celeiro abandonado: sôbre uma mesa, coberta de pó, encontrou-se a impressão de uma mão que aí se deve ter apoiado aberta; aquela impressão corresponde precisamente à mão do acusado.

Em casa do indivíduo acusado de ferimentos, encontra-se um casaco e uma arma manchados de sangue.

Aquelas pègadas, aquela impressão da mão, aquele casaco e aquela arma com manchas de sangue, são outros tantos indícios de efeito, consistentes em uma alteração das coisas.

Um indício da mesma espécie é também o da material *mudança de estado económico*, nos delitos que produzem um lucro; mudança de estado económico, que se revela em despe-

zas excessivas, ou em pagamento de antigos débitos em seguida ao delito, mudança de estado económico que depende, como do causa sua, do delito.

E, chamando a atenção para que é *coisa* também a pessoa, enquanto é objecto de modificações físicas, segue-se que nos indícios por alteração de coisa se compreendem também os indícios provenientes de alterações particulares sobre a pessoa da vítima; assim, no caso de estupro, a sífilis transmitida à estuprada, prova directa enquanto consiste nos efeitos do delito sobre o sujeito passivo da consumação, é prova indirecta enquanto à pessoa do delinquente para cuja indicação serve. É pela mesma razão, compreendem-se também na nomenclatura geral os indícios provenientes de alterações sobre a pessoa do delinquente, quer por reacção da vítima, quer por um acidente qualquer que se deu em consequência do delito. Assim, tendo-se encontrado o morto com uma mão fechada apertando um punhado de cabelos, a falta daqueles cabelos na cabeça do argüido, é um indício contra ele, derivado da reacção da vítima. Assim tendo havido luta, outro indício derivado da reacção da vítima, é a ferida encontrada sobre a pessoa do acusado. E a ferida do acusado pode ser também um indício derivado de um acidente ocorrido; como quando o delinquente tivesse caído, admitamos, ao fugir.

Da mesma forma que para a alteração, assim também para a *locomoção*, são infinitos os factos concretos que teem nela a sua força de indícios de efeito. Assim, é a modificação enquanto ao lugar que dá força de indício de efeito, tanto ao acabar-se junto do acusado a coisa pertencente ao delito, como ao achar-se no lugar do delito uma coisa pertencente ao imputado. Duas grandes categorias de indícios, como se vê. Na primeira hipótese, pensa-se: como teria podido, um objecto pertencente ao delito, achar-se junto do acusado, se este o não tivesse consigo ao cometer o delito? Na segunda hipótese, pensa-se: como poderia um objecto pertencente ao acusado, achar-se no local do delito, se ele o não tivesse deixado aí, enquanto perpetrava o delito?

Julgamos inútil entrar em uma enumeração mais detalhada dos indícios de efeito, provenientes dos vestígios materiais do,

delito; o leitor inteligente pode supri-los por si só. Sob o ponto de vista dêste livro, urge, mais que tudo, estabelecer os conceitos gerais e superiores das provas, recorrendo à exposição das particularidades, tanto quanto baste para mostrar como estas, segundo nos parece, se coordenam naquêles nossos conceitos superiores.

Não falamos, por isso, das relações do maior ou menor valor probatório que teem entre si os indícios derivados da *alteração*, e os provenientes da *locomoção*, por isso que não existe razão alguma de ordem geral que leve a concluir pelo maior valor probatório de uns ou de outros.

A força probatória de cada indício de efeito de vestígios físicos, quer pertença a uma ou a outra categoria, é por isso sempre estabelecida unicamente pela realização concreta do próprio indício, segundo o influxo das circunstâncias particulares que o acompanham, e sob a luz da justificação particular que-ela dá ao acusado.

E, a propósito disto, deve notar-se a grande importância da justificação, na recta avaliação dos indícios em geral. Suponhamos que os indícios abstractamente mais graves se acumulam sobre a cabeça de um homem; existirá sempre uma justificação que sirva para os anular. Vejamos.

Ticio passeia no seu jardim; é agredido por um desconhecido; defende-se. Segue-se uma luta corpo a corpo: os dois ferozmente abraçados, rolam sobre o terreno; o agressor consegue libertar-se das mãos do agredido, põe-se de pé, e raata-o â estocada. Examina-se o cadáver e as suas múltiplas feridas; e em uma destas feridas encontra-se a ponta do estoque, que se partira batendo de encontro a um osso. Não basta; no chão encontra-se uma carteira, que se verifica não pertencer à vítima, e se supõe-ser do delinquente.

Pois bem, senhores, suponhamos, agora, que aquela carteira traz as iniciais de Caio, e que se reconhece também por outros-meios pertencer-lhe. Suponhamos que em casa de Gaio se encontra um pedaço do estoque, que se adapta exactamente à ponta descoberta na ferida. Suponhamos, finalmente, que na mesma-

casa de Caio se acha o seu casaco, sujo de terra e manchado de sangue. Que direis vós do valor probatório destes indícios contra Caio? A consciência não nos gritará, sem hesitações: Caio é o réu?

E no entanto o terrível indício da carteira de Caio encontrada no local do delito, desaparecerá logo que Caio prove que ela lhe fôra roubada dias antes, e que êle até disso já dera parte. E no entanto o terribilíssimo indício do pedaço do estoque, encontrado junto de Caio, desaparecerá também, quando Caio demonstrar de um modo irrefutável que êle tinha encontrado e guardado durante o caminho aquele pedaço, no dia seguinte ao crime. E no entanto o terceiro indício formidável do casaco, sujo de terra e de sangue, desaparecerá, finalmente, por sua vez, - quando Caio provar incontestavelmente, que aquele casaco já assim estava anteriormente ao crime, por ter êle sido atacado e derrubado, admitamos, por um javali, e por êle ferido, andando -à caça com amigos, que confirmam a sua asserção. Eis, senhores, como três indícios abstractamente formidáveis, perdem em concreto todo o seu valor com a justificação do acusado.

E necessário nunca esquecer que a força probatória particular de todo o indício, deve avaliar-se em *concreto*: é a consideração das circunstâncias particulares em que se concretiza o indício, é a consideração da justificação .que nos é dada pelo acusado, que determinam o valor probatório efectivo de todo o indício, qualquer que seja a sua natureza.

ARTIGO 5.º — *Indicio de efeito dos vestígios morais do delito*

Um facto na sua realização no mundo pode não só deixar vestígios sobre os corpos, como também sobre os espíritos: vestígios materiais, os primeiros; vestígios morais, os segundos.

Os vestígios morais nascem da percepção de um facto, e resolvem-se em pressões mnemónicas.

As impressões mnemónicas, por isso que consciente e voluntariamente reveladas pela própria pessoa, dão lugar àquela espé-

cie subjectiva de provas que chamamos afirmação pessoal, ou prova pessoal. Ora a afirmação pessoal pode ter igualmente um conteúdo de prova directa ou indirecta, conforme tem por objecto o delicto, ou uma coisa diversa do delicto, e que leva a concluir pela sua existência. Mas nós não entendemos falar aqui dos vestígios morais sob este ponto de vista. E se os tratadistas, confundindo o que é prova *indirecta* com o que é prova *imperfeita*, falando de indícios, falaram de confissão extra-judicial, e de outras formas de afirmação de pessoas, nós, que já combatemos uma tal confusão, não a seguiremos por certo num caminho falso.

Não queremos falar aqui dos vestígios morais emquanto consciente e voluntariamente manifestados; mas emquanto se revelam inconsciente e involuntariamente. A consciência do delicto cometido desperta sentimentos no espírito, que por vezes se exteriorizam em um dito ou em um facto de uma pessoa; estes sentimentos exteriorizados em um dito ou num facto, quando se ligam como efeito a causa, à consciência incriminadora, e emquanto a faz revelar, constituem um indício de efeito. Eis o campo e a matéria dos indícios de efeito dos vestígios morais. Prossigamos um pouco analiticamente.

Da consciência do delicto cometido nasce, no espírito de todos os delinquentes, o *temor* da pena; nasce, em muitos, o *remorso*; nasce, nos mais perversos, o prazer de ter alcançado a meta criminosa. O temor e o remorso nascem do delicto emquanto ele se considera como um mal; o prazer nasce do delicto emquanto ele se considera como um bem. Examinemos cada um destes sentimentos, para ver como eles se manifestam por palavras ou factos externos, constitutivos de outros tantos indícios; e comecemos pelo *temor*, rica fonte de indícios do delicto.

Com o espírito agitado pelo temor da pena, o delinquentes procura muitas vezes meios para a evitar; e oferecem-se-lhe duas espécies de meios para alcançar esse fim: meios mediatos e meios imediatos.

Sabendo, em primeiro lugar, que é a verdade verificada do delicto, que conduz necessariamente à pena, o delinquentes tenta



por vezes sufocar em globo esta verdade, gostá-la ao nascer, afim de que não se reflita sôbre o espírito do juiz. Para escapar à pena, recorre, assim, ao meio mediato de ocultar ao juiz a verdade criminosa: tenta ocultá-la *por sua parte*; tenta ocultá-la *por parte das outras pessoas* que a afirmam; tenta ocultá-la *por parte das coisas* que a comprovam.

1.º Por sua parte, recorre a duas maneiras com que se pode ocultar a verdade: ou diz o contrário da verdade, ou calca a verdade; mentira ou silêncio, falsidade pròpriamente dita, ou reticência.

O acusado que na solenidade do julgamento se deixa levar a afirmar o que consta ser por êle conhecido como falso, ou a negar o que consta ser conhecido por êle como verdadeiro, revelando o interêsse em esconder a verdade, leva a crêr. que esta verdade lhe é contrária, e que êle é réu: eis o indício de efeito da mentira. Às *contradições* e as *inverosimilhanças* são classificadas erroneamente por alguns tratadistas como indícios especiais: não são senão formas pelas quais se manifesta a mentira, e tiram daí a sua fôrça de indício. O acusado caindo em contradição com o que êle próprio disse, mostra ter mentido anterior ou posteriormente; e caindo em inverosimilhanças levanta a *suspeita* de mentira, se a inverosimilhança se entende no sentido de improbabilidade, e dá a *certeza* da mentira, se à inverosimilhança se entende no sentido de incredibilidade. As contradições do acusado e as suas inverosimilhanças, emquanto se consideram como indícios, reduzem-se consequentemente à mentira.

É por isso necessário observar, que aquela simples suspeita, de mentira que nasce da inverosimilhança tomada no sentido de improbabilidade, não pode legitimamente haver-se como indício de criminalidade; porquanto a suspeita de mentira não seria mais do que o indício de um indício: a improbabilidade do que diz o acusado levantaria a suspeita da sua mentira, e a suspeita da mentira, por sua vez, faria suspeitar da criminalidade. Que valor lógico poderia, pois, ter uma tal conclusão duvidosa, deduzida de uma premissa duvidosa?

A *mentira* do acusado, quer resulte da sua contradição ou

4a incredibilidade da sua asserção, quer resulte de outra fonte, qual é a afirmação de terceiros, para que possa haver-se legitimamente como indício de criminalidade, é necessário que seja certa. E só então, que se tem um indício legítimo. Mas, também então, é necessário dar por isso a este indício legítimo uma importância muito maior, exagerando o seu valor.

O acusado nem sempre é levado a mentir pela consciência da sua criminalidade: por vezes, a sua mentira é filha do receio que a verdade pura e simples da sua inocência não possa triunfar, e mente para destruir aparências que, ele julga, o farão condenar injustamente. Algumas vezes, pois, o que se julga ser mentira não é senão um equívoco, e por vezes também os perigos e os sofrimentos, que se acham sempre ligados a um julgamento criminal, perturbam por tal forma o espírito do acusado, ainda que inocente, que lhe ofuscam a memória e fazem-no cair involun-

tuariamente em inexactidões e contradições. Eis outros tantos motivos que enfraquecem o indício de criminalidade que se faz consistir na mentira.

Dissemos que não somente mentindo se oculta a verdade, mas também simplesmente calando. Ora o acusado que cala, mostra também ter interesse em ocultar a verdade; e isto faz supôr que a verdade lhe é contrária e que ele é réu; eis o indício de efeito do *silêncio*, indício ainda mais fraco que o da mentira.

O *silêncio* pode ser total ou parcial.

Quando o silêncio é parcial, quando só se cala uma dada circunstância, é necessário verificar bem que esta circunstância era conhecida do acusado, e que ele não a podia ter esquecido, nem omitido casualmente no seu depoimento, quer pela natureza dessa circunstância, quer pelas interrogações especiais que se fizeram; é necessário todo isto, antes de ver, no silêncio parcial, um meio de ocultar a verdade.

Mas o silêncio, ainda quando total, como quando o acusado se recusa sistematicamente a responder ou responde evasivamente, não é mais do que um fraco indício, comquanto em dada ocasião tenha sido considerado como uma confissão tácita.

Muitas vezes o acusado, ainda que inocente, cala-se devido

à trepidação do seu espírito, que lhe faz ver um perigo desconhecido em tôda a palavra sua; cala-se, devido ao abatimento em que cai, e que lhe faz crêr inútil tôda a defeza, sentindo-se fraco em face de uma acusação formidável; por vezes o acusado emudece devido ao espanto, outras, devido à cólera.

Pode também o inocente ter sido levado ao silêncio por um sentimento nobilíssimo: despreza a sua salvação, para evitar a condenação, ou mesmo a simples ignomiua, de uma pessoa que ama. Francisco Magenc foi acusado de assassinio, e recusou justificar-se, limitando-se a dizer: eu estou inocente. Os tribunais do departamento de Gers condenaram-no. E condenaram um nobre coração, porquanto Francisco Magenc estava inocente, e tinha-se calado para que seu pai não fôsse condenado, que era o verdadeiro assassino <sup>1</sup>.

Quem há que não conheça a triste história do nobre veneziano Antonio Foscarini? Tôdas as noites encontrava-se com sua amante numa casa próxima do palácio do embaixador de Espanha. Surpreendido de noite, disfarçado, naquelas imediações, foi acusado de maquinações secretas com o embaixador estrangeiro: crime de morte na República de Veneza. Podia justificar-se, nomeando a bela senhora que o acolhia naquelas entrevistas nocturnas; podia justificar-se, mas cobrindo de ignomínia o nome da sua amante. Preferiu calar-se; foi condenado pelo conselho dos Dez; e foi estrangulado no cárcere.

Antes de passar adiante, é conveniente observar que a *contumácia* como indício de criminalidade, entra no indício do silêncio, de que é uma forma especial. O que é contumaz não se esconde, não escapa; limita-se a não se apresentar no julgamento a que foi legitimamente chamado. A contumácia não poderia levar à conclusão do delito, se não se visse nela, a vontade do que é contumaz de calar por sua parte a verdade aos juízes. Em vez de se apresentar e conservar-se calado, o contumaz cala-se não se apresentando; é uma maneira como qualquer outra, de se

<sup>1</sup> BRUGNOLI, *Certezza e prova criminale*, § 567.

calar; e o indício não pode provir senão do silêncio deliberado e total do contumaz.

2.º Mas o delinqüente, por vezes, percebendo que a mentira ou o silêncio por sua parte, são bem débeis meios para impedir que a verdade do delito chegue ao conhecimento dos juizes, havendo outras pessoas cujo atestado pode esclarecê-las completamente, recorre ao meio mais arrojado de tentar que a verdade se mantenha oculta, mesmo por parte das outras pessoas. Ora, o delinqüente pode procurar êste fim por dois meios. Pode tentar impedir o comparecimento material da testemunha J perante o juiz, e pode tentar induzir a vontade da testemunha a ocultar a verdade; pode tentar, por outros termos, que a testemunha não se apresente, ou pode tentar que, apresentando-se, minta.

Para que a testemunha se não apresente, o delinqüente pode recorrer à violência material, ou à fraude. Recorreria, assim, à violência material assassinando a testemunha de quem teme, ou encerrando-a em um cárcere privado. Recorreria à fraude criando artificialmente uma razão que induza a testemunha a afastar-se, tornando impossível apresentasse em juízo; como se, por exemplo, lhe fizesse chegar às mãos um falso convite para recolher uma herança na América, para que a testemunha, partindo, não possa apresentar-se perante os tribunais de Itália; como também, se entrasse em ajustes com o oficial, para que a citação para comparecer em juízo fôsse ignorada pela tes-

te

munha. Todos vêem que a gravidade indicadora de tais factos tem de ser, mais que nunca, apreciada no caso em particular.

Mas em geral podemos dizer, que os indícios provenientes da violência sobre as pessoas, são de uma enorme gravidade, e superior à dos indícios provenientes do emprêgo de fraude. Quem chega ao ponto de usar de uma violência criminosa para sufocar a verdade, é provável em supremo grau que seja réu. O indício de emprêgo de fraude tem ao contrário contra si um motivo infirmante, que não tem valor no caso de violência; pode recorrer-se a afastar, por meio de fraude, uma testemunha, porque o acusado a julga seu inimigo, e capaz de mentir em seu prejuízo. Com-

preende-se que este motivo infirmante não tem valor suficiente quando se quer fazer valer relativamente a uma violência criminosa que se empregou; não há valor suficiente, porque não há proporção entre uma simples suspeita do acusado e a violência criminosa por ele perpetrada.

O leitor deve ter notado que nós não levamos em conta a violência moral e as promessas, como meios empregados para fazer com que a testemunha não compareça. Fizemo-lo propositalmente, por isso que a violência moral e as promessas são meios bem falíveis, em face da força da lei que obriga a testemunha a comparecer.

Mas, de qualquer modo que seja, a tentativa para que uma testemunha se não apresente, é sempre árdua, e de difícil êxito. Mais simples e mais eficaz, é ao contrário tentar que a testemunha compareça e minta.

E neste intuito o acusado pode servir-se eficazmente do temor de um mal, ou da esperança de um bem, para obrigar a vontade da testemunha a mentir; pode valer-se da violência moral, ou das promessas: e eis as *ameaças* e o *suborno*, outros dois graves indícios de efeito, por isso que são inspirados pela consciência criminosa, e são destinados a ocultar a verdade, fazendo com que a testemunha minta.

Podendo, pois, a acção ocultadora do delinquente, em vez de se dirigir sobre a testemunha, dirigir-se sobre o ofendido para que se cale, há nestas hipóteses dois indícios análogos aos precedentes, nas *ameaças* ao ofendido e na *transacção* com ele.

3.º Mas a verdade não provém somente das pessoas; ela deriva muitas vezes directamente das coisas.

Há, nas coisas, aparências físicas reveladoras do delito; e a obra ocultadora do delinquente pode recair também sobre elas. E aqui, compreendemos na denominação genérica de *coisas* também a força material que pode assumir a afirmação pessoal; a forma material, distinta da pessoa que afirma. Assim, o escrito, forma permanente da afirmação pessoal, emquanto a si mesmo e as modificações de que pode ser objecto, compreende-se na denominação genérica de coisas.

O delinqüente pode portanto, para ocultar a verdade, encaminhar a sua acção sobre as coisas em geral, afim de alterar as suas aparências reveladoras, e tem-se então o outro grave indício da *adulteração* das coisas, que, naturalmente, pode ser adulteração emquanto ao *modo* ou emquanto ao *lugar* das coisas.

O acusado a cujo respeito conste ter encoberto, destruído ou, alterado o corpo de delito, lançando ao mar, deformando os queimando um cadáver; o acusado a respeito de quem conste ter lavado às escondidas com as próprias mãos um casaco ensanguentado; o acusado de quem conste ter queimado ou alterado um escrito acusador; o acusado de quem conste ter levado insidiosamente para casa alheia um objecto respeitante ao delito, que se achava em sua casa; o acusado de quem conste ter lançado a um poço a arma homicida; dá sempre um grave indício, contra si, querendo com a adulteração das coisas, ocultar a verdade do seu delito.

Indício grave, a adulteração das coisas; mas é necessário não esquecer, que ela pode também ser inspirada ao inocente, pelo receio de ser injustamente indicado como réu das fatais aparências das coisas: motivo infirmante, este, que deve ser tomado em devida conta, segundo os casos.

Temos até aqui falado da ocultação da verdade ao juiz, como meio mediato para escapar à pena. Mas pode também o delinqüente recorrer a um meio menos mediato. Sentindo não poder sustar a verdade nas suas origens, julgando que ela deve fatalmente chegar até ao juiz, pode o delinqüente dirigir a sua acção sobre o espírito deste, afim de que se faça surdo às vozes da verdade, ocultando-a à sociedade, não acusando ou não condenando. E eis o gravíssimo indício da *corrupção* do magistrado, indício derivado também do temor da pena.

Há finalmente um meio propriamente imediato para evitar a pena, outro meio que se resolve em outro indício. O delin-

qüent  
e, não pensando em sustar na sua marcha triunfante a verdade, aquela verdade que começa pelas provas e termina na justa aplicação da pena, tenta furtar-se à execução material da própria pena e esconde-se.

Não tenta ocultar a verdade para que a pena não se pronuncie, tenta, ao contrário, ocultar a sua pessoa, para que a pena se não aplique.

Eis o último indício derivado do *temor* da pena: indício da *ocultação* da própria pessoa, indício que pode concretizar-se na *fuga*, ou na simples *ocultação* em um abrigo secreto, ainda que seja sobre o próprio local do delito.

É conveniente acentuar aqui que a palavra *ocultação*, empregada na linguagem jurídica, se reduz unicamente à ocultação da pessoa, e forma com ela um único e mesmo indício: a ocultação não exprime, com efeito, mais que o estado de facto da ocultação da pessoa.

O indício da ocultação da pessoa não é sempre um indício muito concludente de criminalidade. O inocente também foge ou se esconde por uma natural hesitação de espírito, ou pela consciência da sua fraqueza em face da formidável potência de uma acusação; especialmente, se sabe que, para se defender, tem de combater contra um preconceito, contra um partido, contra um fanatismo religioso ou político. O inocente também foge ou se esconde, por temer vexações judiciais, não obstante a inocência; e este motivo infirmante, terá tanto mais força, quanto mais vexatório for o processo, quanto maior for a força preponderante concedida à acusação, quanto mais arbitrários forem os juizes, quanto mais ameaçadoras forem as prisões preventivas, tormento dos inocentes e dos réus.

Temos falado até aqui dos indícios derivados propriamente do *temor* da pena. Tratemos agora dos indícios provenientes do *remorso*, que é o segundo sentimento, como dissemos, que deriva da consciência do delito cometido, considerado como um mal.

A propósito do remorso, como de qualquer outro vestígio moral, não atenderemos por agora às manifestações conscientes e voluntárias do acusado que equivaleriam a uma prova directa, mas sim às manifestações involuntárias e inconscientes. Há sinais físicos da pessoa, que revelam o sentimento interno: são estes sinais físicos, que examinaremos aqui, como factos indicativos da criminalidade.

O côrar, o empalidecer, o tremor, os suspiros, o choro, as exclamações involuntárias, o balbuciar, e coisas semelhantes, são manifestações físicas, que se referem tanto ao remorso como ao temor da pena; mas nós preferimos classificá-las como expressões do remorso para não as confundir com aqueles indícios válidos que consistem nas manifestações do temor, de que anteriormente falamos.

Ora, tôdas as manifestações físicas supracitadas, e outras análogas, considerem-se mesmo como manifestações do remorso ou do temor da pena, teem, em geral, um valor muito fraco de indício. Elas podem ser produzidas, não só pelos dois sentimentos supracitados, como também por uma causa física, como no caso de uma simples agitação nervosa; podem ser produzidas por um sentimento de dôr, natural ao ver-se suspeitado de um delito; podem nascer de um sentimento de cólera contra uma acusação injusta e contra um depoimento falso. Que pode pois concluir-se lógica e validamente destes factos? São factos, genericamente falando, coordenáveis com causas diversas, e por isso, como indícios, são proteiformes, e prestam-se a conclusões opostas. Eis porque vereis por vezes, o mesmo público acusador, ora fulminar um acusado *pela sua perturbação*, ao ver-se prender, ora fulminar outro *por se conservar impassível* perante a fôrça pública, achando o indício de criminalidade tanto na sua perturbação como no facto de se não perturbar. Triste retórica, na verdade, cujo uso só pode perdoar-se nos discursos académicos; não coloca então em perigo a liberdade de pessoa alguma, e o ouvinte pode vencer o seu aborrecimento deixando-se adormecer. Quando porém entra em jogo a liberdade de um homem, ser-vir-se desta retórica, se não é ignorância, é ferocidade. E basta a êste respeito.

O delito apresenta-se sempre, antes de cometido, e algumas vezes depois de cometido, como um bem aos olhos do delinquente; isto é, como uma coisa que corresponde aos próprios desejos; e eis outro indício de efeito, o indício da *satisfação* do delito cometido.

Mas, na verdade, êste indício não tem quasi valor algum. Pode ter-se a satisfação de um crime cometido sem que se seja



o seu autor: ao contrário, esta espécie de satisfação não se manifesta ordinariamente senão da parte de quem é alheio ao crime. Para o verdadeiro delinquente, a satisfação de se ter alcançado o fim criminoso, nunca pode ser tão plena e violenta, que rompa involuntariamente em ditos ou factos que a revelem; porquanto uma tal satisfação é sempre resfriada e amargurada, nêle, pelo grave perigo de uma condenação: a mais elementar e comum prudência ensinar-lhe há por isso a esconder a sua satisfação.

E êste em conclusão, um indício, a que se não pode dar um grande valor.

Falamos, assim, do *temor da pena*, do *remorso* e da *satisfação*, como de sentimentos derivados da *consciência acusadora*, e que servem mais ou menos para a indicar, por meio das suas exteriorizações, como o efeito indica a causa, constituindo os vários indícios de efeito dos vestígios morais.

O leitor deve ter visto, que, nêste rápido estudo, nos temos referido sempre ao presumido autor do crime. Ora, à parte o remorso, que é um sentimento pessoal incomunicável, tanto o *temor da pena* como a *satisfação do delito* são sentimentos em que podem tomar parte terceiros. Pode-se ter e manifestar o temor, não só pela pena que ameaça a sua pessoa, mas também pela pena que ameaça a pessoa querida de um parente, de uma amante, de um amigo. Pode participar-se vivamente nos amores e nos ódios de uma pessoa querida, que se reconhece autora de um crime, tomar manifestamente parte ha satisfação de se ter alcançado o fim criminoso.

Tudo isto é verdade; mas é igualmente verdade que as manifestações de tais sentimentos por parte de um, não podem legitimamente ser reveladoras da criminalidade a cargo de outrem. Mesmo que o parente, a amante ou o amigo do argüido se mostrem satisfeitos: que tem isso ? Aquela sua satisfação pode ser sempre pessoal; não há razão para que deva acreditar-se em uma participação na satisfação do delinquente. O parente, o amigo, a amante, comquanto tentem subornar as testemunhas, ou entrar em transacção com o ofendido, ou adulterar as provas reais, ou corromper os juízes em favor do argüido: que se con-

elue daí ? Tôdas estas acções, podem ter sido inspiradas não pela certeza, mas pela simples dúvida sôbre a sua criminalidade, juntamente com a vontade de o verem salvo, custe o que custar, e em tôda a hipótese.

O argüido, se está inocente, sabe não ter cometido coisa alguma criminosa; e alcança fôrça e segurança na consciência íntegra das suas acções. Para quem o ama intensamente a emoção é maior; comquanto o reconheça inocente, nunca pode conhecer completamente todos os actos da sua vida, e ocorre-lhe ao espírito, devido à exaltação da sua imaginação, a possibilidade de factos que o façam aparecer como culpado, não obstante a sua inocência; e então, trabalha para desviar a pena da pessoa querida, como se a reconhecesse criminosa. Todos vêem, por isso, que nêstes factos de terceiro nunca se pode encontrar um indício lógico da criminalidade do argüido.

#### CAPÍTULO IV Provas

##### **indirectas «juris et de jure»**

A lei procurando determinar a fôrça probatória de algumas provas indirectas, ou lhes atribui um valor tal que impõe a fé *até prova em contrário*, ou atribui-lhes tal valor que impõe a fé *não obstante tôda a prova em contrário*. Com uma denominação genérica, chamando presunção tôda a prova indirecta, os antigos jurisconsultos chamaram presunções *tantum juris*, às primeiras, e presunções *juris et de jure*, às segundas.

Na verdade, esta nomenclatura não é elegante; mas está de tal forma radicada na linguagem comum científica, que deve aceitar-se, como nomenclatura convencional.

Emquanto à presunção legal *juris tantum*, não vale a pena tratar dela em especial; é uma prova legal, como qualquer outra, contra a qual basta a reprovação geral que recai sôbre as provas legais.

Não é possível, porém, deixar de falar das presunções que se denominam *juris et de jure*, devido à grande importância que tem tido em juízo criminal, e que, comtudo ainda por vezes tentam ter. Ao ocupar-nos dêste assunto não falaremos somente de *presunções*, mas de *provas indirectas juris et de jure*; não falaremos de *presunções*, porque estas tem para nós um sentido especial, tendo combatido já antes a confusão que se pretende fazer entre elas e o indício. Falaremos em geral de *provas indirectas*, porquanto entre as que se chamam presunções *juris et de jure*, além de serem presunções em sentido próprio, existem, também, e em maior número, verdadeiros indícios.

Quando o Costume de Beauvoisis estabelecia que quem tivesse ameaçado outro com um mal, devia necessariamente tomar-se como seu autor, caso o mal se viesse a realizar; não dava valor *juris et de jure* a uma *presunção* mas sim a um verdadeiro *indício*; afirmava como necessária a relação de causa a efeito entre a tendência particular para delinquir de um dado indivíduo, manifestada pela ameaça do delito, e o delito praticado.

Quando o mesmo Costume prescrevia em outro dos seus capítulos, que o acusado, que se evade do cárcere durante o processo, deve considerar-se necessariamente como culpado, não fazia mais que afirmar outro indício *juris et de jure*: elevava, por força da lei, a indício necessário o indício de efeito contingente da fuga.

Por isso, quando em alguma legislação antiga se afirmava, que quem ocultasse o seu parto, devia ser tomada necessariamente

como infanticida, era a outro *indício* em sentido próprio, que se dava valor *juris et de jure*: elevava-se, por força da lei, o indício necessário do delito cometido a indício contingente da ocultação do parto.

Esta matéria não pode conseguintemente limitar-se às presunções em sentido próprio; é necessário por isso tratá-la sob uma denominação mais geral, sob a denominação que abranja tanto as presunções como os indícios. Eis porque, no título dêste capítulo, falamos de *provas indirectas juris et de jure*; e eis porque nos ocupamos dêste assunto, depois de nos termos ocupado em particular da *presunção* e do *indício*.

Falando de certeza, demonstramos o absurdo da certeza legal; falando de provas, demonstramos a inadmissibilidade das provas legais: e por isso, aqui, em virtude de um simples corolário, poderemos, como fizemos relativamente às provas indirectas *juris tantum*, rejeitar imediatamente também as provas directas *juris et de jure*; porquanto elas não são mais que provas legais elevadas à máxima potência, provas legais absolutas e incontestáveis. Mas pela sua importância é conveniente dizer aqui uma palavra em particular, para demonstrar qual é a espécie de provas indirectas *juris et de jure* que ameaça agora especiosamente invadir o campo das provas criminais.

Numa época distante da nossa, quando a arte de coligir as provas se acabava ainda na adolescência, e quasi não existia polícia judiciária, a dificuldade de alcançar as provas directas da criminalidade, e ao mesmo tempo, a superstição, fizeram com que te encontrasse um valor absoluto de prova em factos que não tinham relação alguma com o delicto. Estabeleceram-se, então, estranhas provas indirectas *juris et de jure*; provas artificiais e arbitrarias, que consistiam em submeter o arguido a experiências, cujo resultado devia mostrar nítida e incontestavelmente a sua criminalidade ou a sua inocência. Estas experiências, que foram designadas pela palavra alemã *ordalias*, multiplicaram-se estranhamente na idade média.

Mencionemos algumas.

Obrigava-se, por exemplo, o arguido a pôr a sua mão em contacto com um ferro incandescente, ou a mergulhá-la em água a ferver; aquela mão era em seguida envolta em um pequeno saco que se selava. Se passados três dias, descobrindo-se a mão, esta apresentava vestígios de queimadura, o arguido era imediatamente declarado culpado; se a mão se achava ilesa, era declarado inocente. A inocência ou a criminalidade era, assim, verificada por meio do fogo ou da água a ferver, provas indirectas *juris et de jure*.

Assim também, quando um homem tinha sido assassinado, e se não conhecia o assassino, obrigava-se, aquele sobre quem recaiam as suspeitas, a apresentar-se para tocar o corpo da vítima, exposto

sobre um esquife. Se, ao contacto de um homem, o cadáver deixava cair uma gota de sangue, aquele homem era o réu, pela prova incontestável do esquife, prova indirecta *juris et de jure*.

Entre todas as experiências probatórias, teve também grande importância na idade média, não só em matéria penal, como também no cível, o duelo judiciário. Efectua-se um combate, segundo os casos, entre acusador e acusado, entre o acusado e o juiz, e até entre o acusador e a testemunha. O vencedor tinha sempre razão; o vencido nunca.

I Todas estas experiências resolviam-se propriamente em tantos outros *indícios juris et de jure*, que consistiam em coisas, que sendo diversas da criminalidade ou da inocência, nem por isso deixavam de servir para provar incontestavelmente uma ou outra, comquanto não existisse relação alguma natural entre estas pretendidas provas e o que se julgava provado. Mas a relação entre estas experiências por um lado, e a criminalidade ou a inocência por outro, julgava-se ser determinada, uma vez por outra, pela Providência. Tendo o bárbaro processar daqueles tempos estabelecido a seu modo as experiências do ferro em brasa, da água a ferver, do esquife, do combate judiciário, e assim por diante, e predeterminando os resultados que deviam comprovar a criminalidade, e os que deviam atestar a inocência, julgava-se que Deus, suprimindo as leis naturais, devia intervir afim de que os sinais, no modo pre-estabelecido, correspondessem à verdade. E por isso tratando-se de um inocente, não podia admitir-se que a sua mão, quer quando submetida ao contacto do ferro em brasa, quer quando imersa na água a ferver, apresentasse vestígios da queimadura; tratando-se de um inocente, não podia admitir-se o sangrar do cadáver, ao seu contacto com o corpo da vítima; tratando-se de um inocente, não podia admitir-se que ele sucumbisse na luta. E vice-versa, tratando-se de um criminoso, que deixasse de dar-se a queimadura da mão, o sangrar do cadáver e a derrota no combate,

Nos resultados das experiências encontravam-se, assim, outros tantos efeitos *mediatos e sobrenaturais* da criminalidade ou da inocência. Não se tratava de considerar aqueles resultados como

efeitos derivados imediata e naturalmente da criminalidade ou da inocência; mas consideravam-se como derivados da vontade de Deus que, conformando-se com as normas vigentes, as produzia diversas, conforme se estava culpado ou inocente: havia, assim, indícios de efeito mediatos *juris et de jure*.

Em conclusão, ordenando-se uma destas experiências, não se fazia mais que intimar ao Altíssimo uma citação para comparecer, em hora fixa, obrigando-o a prestar o seu depoimento, não por meio de um milagre qualquer, mas por um determinado milagre prescrito pelo processo. Eram êstes os *juízos de Deus*, a que Deus era chamado para apresentar a prova decisiva para a acusação ou para a defesa. Hoje em dia, êste juízo de Deus, não passa de uma recordação histórica, nem nos ocuparemos aqui de fazer a crítica das razões que provocaram o seu aparecimento e a sua divulgação; esta crítica tem sido esplêndidamente feita por outros escritores; e qualquer palavra a seu respeito seria supérflua. Referímo-nos aqui a estas estranhas provas sòmente para determinar a substância probatória, que, segundo nosso parecer, é a dos indícios de efeito mediato, *juris et de jure*; substância probatória que entra, assim, no objecto de que tratamos.

Mas pondo de parte as estranhas e arbitrárias provas absolutas, que se deduzam das experiências judiciárias, provas indirectas *sôbrenaturais* e fantásticas, tem havido também provas indirectas *naturais*, a que por vezes a lei tem querido conceder um valor absoluto de provas indirectas, *juris et de jure*, em matéria criminal.

Umas vezes tem sido a *ameaça* precedente ao delito, que se tem considerado como prova *juris et de jure* de criminalidade; outras tem sido a *fuga* da prisão, enquanto o processo se acha pendente; outras a ocultação do facto, relativamente ao infanticídio; e assim por diante.

Mas estas provas *naturais juris et de jure* também não são hoje mais que uma reminiscência histórica para a ciência criminal. Em harmonia com os argumentos lógicos, que expozemos a propósito de certeza legal e de provas legais, tem prevalecido a teoria de que se não podem admitir provas criminais

*juris et de jure*; porquanto a certeza criminal, para ser legítima, deve ser substancial e não formal.

Hoje em dia, devido aos progressos da ciência, o único campo em que podem florescer as provas indirectas *juris et de jure*, é o das provas em matéria civil.

Mas se elas são admissíveis em matéria civil, isso é devido antes à consideração do direito, que à do facto; as provas *juris et de jure* em matéria civil tem a sua razão de ser não tanto na sua eficácia probatória real e substancial, quanto nos motivos sociais que aconselham a dar-lhes um valor absoluto. Com efeito, lancemos uma vista de olhos às provas concretas *juris et de jure*, em matéria civil.

A lei civil determina uma categoria de incapazes para receberem por doação ou por testamento. Ora, as doações e as disposições testamentárias a favor de alguns parentes dêsses também se reputam, por presunção *juris et de jure*, feitas em fraude da lei, considerando-as como relativas aos incapazes por interposta pessoa do parente; coisa que é verdade no maior número de casos. Mas se essa matéria civil, por uma presunção *juris et de jure*, se afirma dever isso reputar-se verdade, não só no *maior número dos casos*, mas *sempre*, não é já por uma ilusão da lógica das provas; não. A lógica das provas civis não pode deixar de reconhecer que a liberalidade a favor de um parente do incapaz, também pode, em algum caso especial, ser feita de boa fé, sem ideia de defraudar a lei e de fazer a transmissão para o incapaz. Mas enquanto a lógica das provas reconhece isto, a lógica do direito julga melhor afirmar irrefutavelmente, para todos os casos, a presunção de fraude à lei, quer seja para cortar a questão, quer para não se achar sempre em frente da fácil afirmação de boa fé, que obrigaria à prova difícil da vontade de defraudar a lei. Eis como a presunção *juris et de jure* de fraude à lei, que anula a liberalidade a favor do parente do incapaz, não tem a sua razão de ser na eficácia probatória real e substancial da presunção, mas sim no cálculo das utilidades sociais.

Assim, pois, quando em matéria civil se faz depender a propriedade ou a validade de um acto, de uma presunção *juris*

*et de jure*, baseada em determinadas circunstâncias, não quer isso dizer que, em matéria de facto, se não admita absoluta-mente a possibilidade concreta do contrário; mas sim que se julga melhor evitar a longa oscilação dos direitos, e a multipli-cação das demandas.

Assim, finalmente, quando em matéria civil se presume um valor absoluto de verdade, em dados casos, na confissão e no juramento, não admitindo a prova da sua falsidade, não quer dizer que a lógica das provas não reconheça a possibilidade de que a confissão e o juramento, no caso concreto, possam ser fal-sos. A lógica das provas reconhece isto; mas a lógica do direito julga melhor, com presunções *juris et de jure*, dar-lhes sempre, em determinadas condições, um valor absoluto de verdade, quer para não demorar indefinidamente as questões, quer para que, tratando-se de direitos particulares que é lícito alienar, a confissão como o juramento, mesmo quando não correspondam à verdade, possam no entanto valer em casos apropriados como transacção ou como renúncia.

Concluindo, as provas indirectas *juris et de jure* em matéria civil, teem a sua razão de ser não tanto na sua eficácia probatória real e substancial, como em motivos de direito, e no cálculo da utilidade social.

Quisemos determinar a razão de ser das provas indirectas *juris et de jure* no direito civil, para nos prepararmos para a solução de um importante problema de crítica criminal.

Dissemos que, hoje em dia, não há quem contêste que em matéria criminal se não devem admitir provas indirectas *juris et de jure*. Mas quando se trata de provas *juris et de jure*, já estabelecidas no nosso direito comum, já não existe repugnância em afirmar que elas devem ter fôrça probatória também em matéria criminal. Porque é isto? Pela unidade, diz-se, do sistema probatório, não devendo as provas mudar com a mudança de jurisdição.

Ter-se há acaso razão? Parece-nos que não. Esta pretendida unidade do sistema probatório, considerando-se em sentido geral e literal, é contestada por tôdas as legislações, pela diversa



e específica organização das provas em matéria penal e em matéria civil. Mas neste sentido a oposição não seria séria; e não deve por isso entender-se por esta forma.

Os que contestam esta opinião entendem dever dizer que *uma e mesma coisa* não podem provar-se por dois modos diversos segundo as diversas jurisdições, e que quando para verificação de uma relação jurídica se afirmou como suficiente em matéria civil uma dada prova, *esta mesma prova* não pode, relativamente à verificação *daquela mesma relação*, considerar-se insuficiente em matéria penal.

Ora isto é verdade; mas dada uma determinada condição, que os adversários não tomam em consideração. Isto é verdade no caso de que a declaração da suficiência da prova civil, não seja *substancialmente* contrária ao fim probatório penal. E é justamente este o caso das provas indirectas que se denominam *juris et de jure* em matéria civil. Em matéria civil, como vimos, são elas declaradas tais não já unicamente por razões de eficácia intrínseca probatória, mas por razões de direito e por cálculo de utilidade social; considerações acessórias, estas, que não teem o mesmo valor em matéria criminal. Em matéria civil aquelas provas são declaradas absolutas por isso que em matéria civil só se procura alcançar uma certeza artificial, correspondente a uma verdade formal e hipotética; mas o fim probatório penal é a certeza natural, correspondente a verdade real e efectiva da criminalidade. Eis porque as provas indirectas que são *juris et de jure* para a atribuição dos direitos em matéria civil, não podem já ser tais relativamente à aplicação da pena em matéria criminal.

Em matéria penal não pode afirmar-se a criminalidade, se ela se não apresenta como uma criminalidade real e efectiva. Ora a prova civil indirecta *juris et de jure*, não é a expressão da verdade real e efectiva; e portanto não pode servir de base a uma condenação.

Vejamo-lo em um caso concreto, afim de aparecer mais claramente a verdade que afirmamos. Tomemos uma prova indirecta *juris et de jure*, e transportemo-la do campo civil para o criminal.

Em matéria civil, admitindo-se a prova do matrimônio, não impugnado, entre Ticio e Caia, o filho de Caia, afora alguns casos determinados de impugnação de legitimidade, deve considerar-se como filho de Ticio: é um indício *juris et de jure*, derivado do facto indicativo da relação matrimonial entre um homem e uma mulher; e não é lícito provar o contrário, absolutamente, seja de que maneira fôr. Em casos desta natureza nem mesmo pode sempre ter o valor o recurso de impugnar o acto de que deriva a prova indirecta: o acto pode ser certíssimo, e consequentemente irrefutável, como a verdade; e a falsidade pode achar-se tôda na prova indirecta que dela se deduz, e que não pode ser combatida em si mesma.

Ora, poderá esta prova civil *juris et de jure*, passando para a matéria penal, legitimar uma condenação? Não, absolutamente não.

Suponhamos, na hipótese que analisamos, que Semprônio, filho de Caia, considerado em matéria civil como filho de Ticio, porque *pater is est quem justae nuptiae demonstrant*, não é na realidade dos factos filho de Ticio, mas ao contrário um filho adulterino de Caia. Suponhamos que Ticio, acusado de parricídio impróprio na pessoa do seu presumido filho, comquanto se não encontre nos casos em que lhe é permitido a impugnação de legitimidade, ainda que possua provas capazes de criarem no espírito do magistrado a certeza moral de que Semprônio, assassinado por êle, não era senão um filho adulterino de sua mulher, e que o ódio entre êle e êste seu presumido filho, tinha a sua principal origem justamente na notoriedade da filiação adulterina.

Devereis então pôr a máscara do silêncio ao pobre acusado, e, admitindo uma falsa paternidade das leis civis, punir com os rigores do Código penal um falso parricídio? Uma filiação presumida pela norma dos critérios civis deverá gerar um parricídio putativo em matéria penal?

Ferguntai-o ao senso comum, não adulterado pelas subtilezas das investigações académicas; e o senso comum vos responderá resolutamente que não. A consciência social nunca poderia

satisfazer-se com uma pena infligida por força de uma ficção jurídica: em tal caso, julgaria vítima o condenado, e delinqüente a lei.

Mas se sustentamos que a prova civil *juris et de jure* não pode valer em prejuízo do argüido, é necessário porém acrescentar que ela deve valer em seu favor. Compreende-se a razão disto. Se pela condenação se recusa o valor *juris et de jure* à prova legal civil, é porque a condenação ocorre rigorosamente à verificação da criminalidade efectiva, verificação que se não efectua pela **prova** civil. Mas, para a absolvição, já não existe esta dificuldade: para absolver basta a simples dúvida. As provas civis *juris et de jure* estão substancialmente em contradição com a justiça penal para a condenação, e por isso são rejeitadas; não estão substancialmente em contradição para a absolvição, e **por** isso são aceitas. Isto relativamente aos princípios superiores da organização das provas.

E esta mesma tese é sustentada relativamente ao direito escrito, quando não tenha aceitado nem rejeitado expressamente as provas civis *juris et de jure*. Para a legitimidade da condenação não basta que ela tenha sido proferida *seeundum jus scriptum*; deve ter sido também *secundum justitiam*. Ora, condenando por força de uma prova indirecta *juris et de jure*, não se tem a certeza de proceder *secundum justitiam*. Vice-versa, deve pronunciar-se a absolvição, e é legitimamente proferida, quando se apresenta conforme também ao simples *jus scriptum*. Uma vez, por isso, que a prova indirecta *juris et de jure*, estabelecida pelas leis, é favorável ao acusado, não pode postergar-se, para condenar, sem emitir uma condenação arbitrária, calcando uma norma geral probatória que o Código de direito penal *não rejeitou expressamente*.

Analisemos um caso concreto referente a esta segunda Parte da nossa tese.

Referindo-nos à mesma hipótese precedente, em que Semprônio é reputado como filho legítimo de Tício, pelo indício *juris et de jure* do matrimónio, suponhamos que Semprônio roubou ao seu presumido pai, e que êste, não existindo acção penal por furto entre filho e pai, quer provar que Semprônio não

é seu filho, afim de ser punido. Poderá Ticio ser admitido a fazer prova? Não: terá contra si a relação civilmente inimpugnável da filiação: *pater is est quem justae nuptiae demonstrant*. A lei civil reconhece como prova inimpugnável da filiação o-legítimo matrimónio; não é permitido insargir-se contra esta disposição absoluta, não expressamente rejeitada pela lei penal, para infligir uma pena que seria arbitrária e contra a lei.

Concluindo, sendo a verdade real e efectiva o fim supremo do julgamento penal, não podem existir provas indirectas *juris et de jure*; e as provas indirectas *juris et de jure* estabelecidas em matéria civil podem '(e devem, nos casos adequados) ter eficácia em favor do argüido, mas nunca podem tê-la contra êle.

E só no fim do julgamento, que, mesmo em matéria penal, se encontra uma prova indirecta *juris et de jure* que deve ser reconhecida, dentro de certos limites, como legítima perante a ciência: é a presunção de verdade que surge do julgamento definitivo. O julgamento definitivo, devido às garantias no meio das quais se desenvolve, presume-se verdadeiro, por uma presunção *juris et de jure*, que o torne inatacável. Não é esta uma simples presunção de verdade material, intrínseca ou extrínseca; mas é uma presunção de verdade ideológica, que consiste em presumir absolutamente, que o que *se julgou* é conforme à verdade objectiva: *res judicata pro veritate habetur*. •

Esta presunção em vez de ser contrária ao fim da justiça, é antes necessária para a realização daquele fim. Dando-se largo campo a todas as provas no decurso do julgamento; permitindo-se provar tudo o que se quer a favor da própria inocência; é necessário contudo que se feche uma vez este debate entre o acusado e a sociedade, de modo que se não permita pôr mais em dúvida a inocência do acusado absolvido, por um lado, e a criminalidade do acusado que foi condenado, por outro. Se a justiça penal não tivesse uma sentença final, segura e definitiva, à sombra da qual se faça repousar a consciência social, ela em vez de um instrumento de tranquilidade, tornar-se ia, ao contrário, uma causa contínua de perturbação.

Mas, também aqui, é necessário por isso distinguir. Se as

razões políticas expostas, levam a tornar absoluta e indestrutível a presunção de verdade do julgado *emquanto à absolvição*, não teem corntudo a fôrça de excluir todo o limite *emquanto à sentença condenatória*. Que por razões políticas se deixe impune mesmo o que é criminoso, quando foi legitimamente absolvido; isto não repugna à consciência social, que vê em tudo isto o fim 4a tranquilidade civil e da estabilidade do direito. Mas que deva continuar-se a atormentar com uma pena aquele que está evidentemente inocente, unicamente porque foi condenado por êrro, tudo isto perturbaria profundamente a consciência social, que, neste caso, veria na legalidade, não já uma defesa do cidadão, mas uma ofensa ao seu direito. As razões políticas podem ter legitimamente valor para a absolvição, mas nunca para a condenação. Não pode haver condenação legítima sem justiça intrínseca.

Se, portanto, convém que a presunção de verdade seja absoluta relativamente à sentença absolutória, ela deve, ao contrário, ter limites no que respeita à condenatória. Êstes limites, racionalmente, derivam da *evidência da verdade real* em contradição com a *presunção de verdade* da sentença condenatória. Quando a verdade real e evidente é contrária à verdade presumida da sentença condenatória, querer sustentar ainda a inviolabilidade da sentença, seria ir de encontro aos próprios fins da justiça penal.

A verdade presumida deve, então, ceder o campo à verdade real; à ficção jurídica deve substituir-se, então, a verdade do direito.

A verdade presumida da sentença condenatória, pode aparecer como evidentemente insustentável, quer por o seu conteúdo estar em contradição com o conteúdo de *outra sentença*, de modo que uma delas tem de ser falsa; quer por se mostrarem falsas *as provas* em que se baseou a convicção geradora do julgado; quer por se verificar a falsidade da *consciência* de que emanou o julgado; quer por se verificarem as falsidades *do facto* sôbre cuja existência se baseou a sentença.

1.º Quando uma sentença condenatória se acha em contradição directa com outra sentença, de modo que os seus dois

conteúdos sejam inconciliáveis, teem-se duas presunções iguais e opostas de verdade, que se destróem. Um dos dois julgados deve ser necessariamente falso <sup>1</sup>.

2.º Quando uma das provas que contribuiu para criar o convencimento, se verifica ser evidentemente falsa, não se sabendo a eficácia que pode ter tido sobre o espírito do magistrado cada uma das provas, a condenação apresenta-se como resultado possível da prova falsa; e por isso a presunção da veracidade do julgado deixa de existir.

Para que, portanto, se não altere a estabilidade necessária dos julgados, é necessário que a *falsidade* da prova esteja bem verificada, afim de ter força para destruir a presunção de verdade inerente a todo o julgado. A arte judiciária aconselha que se não tenha, para este fim, como verificada a falsidade da prova, senão por meio de uma sentença do magistrado <sup>2</sup>.

3.º Mas se a falsidade das provas destrói a presunção da verdade do julgado, com maioria de razão a destruirá a falsidade da consciência do julgador.

Se a consciência do juiz que pronunciou a sentença se apresenta certamente falsa por *corrupção* relativa à causa, a presunção *juris et de jure* de verdade da sua sentença já não pode admitir-se <sup>3</sup>.

Mas também aqui, para se não perturbar a estabilidade

<sup>1</sup> O nosso processo, admitindo como caso de revisão a contradição da julgados, limita-se à contradição entre dois julgados condenatórios. Limitação arbitrária e irracional, porquanto a contradição directa e inconciliável pode ter lugar também com um julgado absolutório. Se Tício foi condenado como autor de um dado facto criminoso, e posteriormente, sendo Caio processado como autor daquele mesmo facto, se declara não ter lugar o procedimento por não se ter dado o crime, poderão conciliar-se as duas sentenças?

<sup>2</sup> Também aqui o nosso processo apresenta outra limitação ilógica. Não atende, para a revisão, senão ao caso de falso testemunho. Se se trata de uma falsa queixa, de um documento falso, de um exame falso, não há por ventura igual razão para a revisão de uma sentença condenatória?

<sup>3</sup> Este caso não é considerado pelo nosso processo como um caso de revisão.

necessária dos julgados é necessário que o êrro na consciência, dos julgadores provenha de uma verificação irrefutável, como a de uma sentença do magistrado.

Por isso admitindo-se processualmente que a falsidade da prova, como a falsidade da consciência do julgador, devem resultar de outra sentença, para que tenham a fôrça de destruir a presunção *juris et de jure* da verdade do julgado de condenação anterior; segue-se, por isso, que tanto o caso da falsidade da prova, como o da falsidade da consciência do juiz, se resolvem também em contradição de julgado. Seriam dois casos de contradição *indirecta* dos julgados, ao passo que o examinado no número 1.º seria um caso de contradição *directa*.

4.º Finalmente a presunção de verdade do julgado nem mesmo tem razão de ser, quando os factos sôbre cuja existência ela se baseava se mostrara evidentemente falsos.

Ticio foi condenado por homicídio exercido sôbre Caio; no entretanto vem-se a conhecer que Caio come, bebe, dorme e ves-te-se. Semprônio foi condenado por ter subtraído um dado objecto-a Mário; comtudo vem-se a saber, que Mário conservou sempre consigo aquele dado objecto, ou então aparece um terceiro que confessa ser o autor daquele facto. A presunção de verdade do julgado deve, nêstes casos, declarar-se vencida em face da evidência dos factos. É verdade que nêstes dois últimos casos pode ter-se intrometido a fraude, colocando-se de novo maliciosamente junto do seu possuidor os objectos roubados, ou confessando-se falsamente ter cometido o crime, para livrar o condenado. Mas não é esta uma razão suficiente para que a lógica das provas não deva considerar também êstes casos como compreendidos na evidente falsidade dos factos, capaz de destruir presunções de verdade do julgado. Competirá pois à *arte* judiciária investigar e ensinar os meios oportunos, para que a justiça social se garanta em todos êstes casos, em que há possibilidade de ser enganada <sup>1</sup>.

<sup>1</sup> O nosso processo considera, como capaz de revisão, unicamente o caso em que, depois de uma condenação por homicídio, se verificar estar **viva** a pessoa que se supunha assassinada.

E agora, parece têmos dito bastante quanto à presunção *juris et de jure*, do julgado penal.

Esta-nos apenas uma última observação complementar.

Sabemos que, mesmo julgado civil, se presume verdadeiro por presunções *juris et de jure*: ora, levanta-se a pergunta, se o julgado civil deve, ou não, ter a sua força irrefutável em matéria penal. A resposta é fácil, em vista das considerações precedentemente apresentadas por nós.

O julgamento civil tem em vista um fim diverso do do julgamento penal: o primeiro contenta-se em alcançar a verdade formal; o segundo pretende alcançar a verdade substancial. O julgamento civil baseia-se por isso sobre provas, que nem sempre podem ter o mesmo valor em matéria penal; como já vimos relativamente às provas indirectas *juris et de jure*, civis.

A diferença dos fins e a diferença de valor das provas nos dois juízos leva, assim, claramente à conclusão, de que a presunção *juris et de jure* de verdade do julgado civil não pode ter, em matéria penal, mais força do que qualquer outra presunção civil do mesmo género.



## QUARTA PARTE

### Divisão subjectiva das provas — Prova real — Prova pessoal

#### PREÂMBULO

Falando das provas em geral, dissemos que não é possível, quer emquanto ao *sujeito*, quer emquanto à *forma*, determinar a natureza das provas, não as referindo, como a um ponto fixo, à consciência sôbre que são destinadas a operar; consciência, que em juízo penal é a do juiz com a faculdade plena de julgar, isto é, do juiz que pode absolver e condenar; por outros termos, do juiz dos debates finais. Ora o *sujeito* da prova não pode em concreto apresentar-se perante o juiz, como perante qualquer outra pessoa, senão por uma forma particular, que é a *forma* da prova. Comquanto se trate de afirmação de pessoa ou de coisa, nunca será possível, em concreto, apresentar-se perante o juiz um *sujeito* da afirmação, isolado de uma determinada *forma* de afirmação: a *pessoa* que afirma nunca poderá apresentar-se à consciência do juiz, senão emquanto exterioriza a sua afirmação pela forma do *têstemunho* ou do *documento*, que são as duas únicas espécies formais da afirmação pessoal; a *coisa* que afirma não poderá, mesmo como tal, apresentar-se perante o juiz, senão quando exteriorize a sua afirmação na forma de *prova material*, que é a única espécie formal da afirmação de coisa.

For isso, se por um lado sé se pode, na prova concreta conceber um *sujeito* de prova, emquanto se revela por uma determinada *forma* de prova; por outro, quer o *sujeito*, quer a *for ma*

da prova são, em lógica criminal, estudados e determinados relativamente a um mesmo critério, isto é, relativamente a consciência do juiz dos debates. E portanto o estudo da prova relativamente ao sujeito, não pode separar-se completamente do estudo da prova emquanto à forma. A divisão, por isso, das provas emquanto ao sujeito, é uma divisão abstracta, que encontra o seu desenvolvimento na divisão concreta das provas emquanto à forma; e esta parte do livro, que se ocupa da divisão subjectiva das provas, não tem propriamente mais que o valor de um exórdio relativo ao tratado das provas sob o aspecto formal. Isto serve para explicar porque é que, no desenvolvimento desta Parte, nos restringiremos aos seus mais apertados limites, reservando-nos para mais amplas considerações, na Parte seguinte do livro.

## CAPÍTULO I Divisão subjectiva

### da prova em real e pessoal

Deu-se um facto no mundo: manifestou a sua vida de realidade no mundo exterior, e desapareceu. Não é actualmente possível perceber o complexo inteiro dos elementos constitutivos daquêles factos; mas é necessário em todo o caso verificar a realidade da sua existência passada, fazendo-o, direi assim, reviver aos olhos do espírito. Por que meio será isto possível ?

Em primeiro lugar, todo o facto, por isso que se verificou no meio de outras realidades, tôdavia subsistentes, pode ter deixado sôbre elas vestígios mais ou menos manifestos da sua passagem, vestígios reais e vestígios morais: são êstes vestígios os grandes reveladores do facto que passou: é por meio dêstes vestígios, que se costuma chegar à certeza desejada: é esta a rica fonte das provas.

São duas, conforme dissemos, as espécies de vestígios que um acontecimento pode deixar atrás de si: reais e morais. Os vestígios reais consistem nas modalidades de efeito que se apre-

sentam ligadas à realidade inconsciente das coisas; e a coisa, emquanto na sua inconsciência faz perceber estas modalidades, dá lugar a uma espécie de prova que se denomina *real*. Os vestígios morais consistem, pois, nas impressões mnemónicas do espírito humano, e distinguem-se em duas categorias conforme essas impressões são reveladas consciente ou inconscientemente: a revelação inconsciente das impressões mnemónicas não pode dar lugar senão a uma prova real, por isso que o espírito, emquanto não possui a consciência das suas manifestações, é ele também uma coisa, e não uma pessoa; a revelação consciente das impressões mnemónicas dá, ao contrário, lugar a outra espécie de prova, que se denomina *pessoal*.

O sujeito daquela espécie de prova que consiste nas modalidades reais e de efeito da coisa, é a própria *coisa*, em sentido genérico, a que a modalidade se refere; e a prova que resulta da percepção destas modalidades inconscientemente manifestadas é a afirmação de coisa, ou, então, prova *real*.

O sujeito daquela espécie de prova que consiste nas impressões morais conscientemente manifestadas, é a *pessoa* cujo espírito conserva aquelas impressões, e as revela sabendo revelá-las; e a prova resultante da revelação consciente que faz uma pessoa das impressões morais que se conservaram no seu espírito, é a afirmação pessoal, ou, então, prova *pessoal*.

Sob o ponto de vista dos vestígios que um facto pode ter deixado atrás de si, há consequentemente dois sujeitos possíveis de prova do mesmo facto: ou uma coisa que atesta, ou uma pessoa que afirma. E a prova, sob o ponto de vista do sujeito, divide-se por isso, em duas espécies: afirmação de coisa, ou prova *real*, e afirmação de pessoa, ou prova *pessoal*. A coisa produz afirmações apresentando, *inconscientemente*, à percepção de quem quer investigar, as modalidades reais que sofreu, relativas ao facto a verificar. A pessoa produz afirmações, revelando *conscientemente* as impressões psíquicas que se conservaram no seu espírito, relativamente ao facto a verificar.

Consideramos até aqui tanto as *coisas* como as *pessoas*, sob o ponto de vista dos efeitos que um facto pode ter produzido

nelas, e do modo como, pelos efeitos sofridos, as coisas e as pessoas o podem revelar; e sob este ponto de vista distinguimos as provas em *reais* e *pessoais*. Mas é necessário observar que todo o facto deve considerar-se, não só como uma causa relativamente aos seus efeitos, mas também como um efeito relativamente às suas causas. Todo o facto, além de produzir efeitos, tem uma causa que o produziu, causa física ou moral; e esta causa, considerada no seu modo natural de ser e de potência causal, pode conduzir o pensamento à afirmação do facto como seu efeito. Ora, é importante observar que se as provas, enquanto são uma consequência do facto provado se distinguem em *reais* e *pessoais*, são, ao contrário, sempre *reais* enquanto consistem em uma causalidade do facto. E sempre, e sem excepção, prova *real* a que resulta da percepção das modalidades de um sujeito (seja este uma coisa ou uma pessoa), enquanto que as modalidades são percebidas e consideradas não como vestígios propriamente ditos, isto é, não como efeito, mas sim como reveladores de uma eficiência causal no sujeito, físico ou moral, a que se ligam; como reveladores, no sujeito, de uma eficiência causal que faz pensar no facto como em um efeito. Dão consequentemente lugar a uma prova *real* não só as modalidades da coisa reveladora de uma eficiência causal na própria *coisa* material a que se referem, mas também as modalidades de *espírito humano*, que nêles revelam a causalidade do facto: neste último caso, comquanto se trate de modalidades simplesmente morais, a prova que delas deriva não consiste, porém, já em uma afirmação pessoal, mas em um estado de alma, considerado, em si mesmo, como uma realidade de facto, considerado como uma coisa causadora daquela coisa causada, que é o facto que se pretende verificar. Este estado de espírito, que se considera como causa, admitamos, de um delito, não sendo possível perceber-se directamente pelo próprio espírito, é percebido através da materialidade de um facto externo, que o manifeste; e este facto externo poderá ser até a palavra da própria pessoa, em cujo espírito se afirma a causa moral do delito. Ora, é necessário observar que nesta última hipótese pode dar-se o caso de que, por meio da palavra, a

pessoa revele *conscientemente* a existência do supracitado motivo para delinquir no seu espírito: e nessa hipótese é importante notar também que será pessoal *a prova da existência do motivo causal*, mas o motivo causal *como prova do delito cometido* será sempre uma prova real: aqui, a palavra consciente da pessoa apresenta-se como destinada a fazer fé da verdade da existência do motivo, e não já da pretendida relação que êsse motivo tem com o delito cometido; esta relação é admitida pelo juiz não sobre a fé da afirmação consciente da pessoa, mas pela própria percepção que lhe apresenta um tal motivo (de cuja existência já tem a certeza pela prova pessoal), como uma coisa que se acha ligada, como causa a efeito, ao delito cometido; e por isso o motivo causal, enquanto se considera em si, como prova do delito cometido, é, repetimo-lo, uma prova real. Consequentemente, um estado da alma que, enquanto se considera como causa do delito, se faz funcionar como prova do delito cometido, semelhante estado de alma de uma determinada pessoa, considerado em si mesmo como prova, apresentar-se há sempre como prova real, tanto quando manifestado inconscientemente, como quando conscientemente, pela própria pessoa. Mas segundo o que temos dito, semelhante estado de alma considerado como causa de um dado facto, desde que se apresenta *conscientemente* revelado pela pessoa-sujeito, apresenta-se, não como uma prova real *pura*, mas como um mixto de prova pessoal e real: é propriamente uma prova pessoal com um conteúdo de prova real.

Em conclusão, o que era urgente demonstrar, e que julgamos ter demonstrado, é que *da consideração das causas* (que quando tenham produzido um facto podem servir para sua prova), não se deduz senão a noção das provas *reais*.

A esta espécie de provas reais, que consiste nas modalidades que revelam no sujeito, a que se ligam, uma eficácia causal, a esta espécie de provas reais, dizia, pertencem todas aquelas provas indirectas que, sob o ponto de vista do juízo penal, compreendemos sob o título de indícios causais do delito, quer tais indícios consistam em uma realidade física ou em uma realidade moral, que se perceba como causa do delito cometido.

Concluindo, a distinção das provas em *pessoais* e *reais* deriva da consideração dos vestígios que um facto pode deixar atrás de si, e do modo como esses vestígios podem revelar o facto; a consideração das causas, que tendo produzido o facto, podem revelá-lo, não faz, ao contrário, sair do campo das provas *reais*.

Ora, voltando à distinção da prova em pessoal e real, procuremos esclarecer a sua noção, determinando o seu conteúdo-

Antes de tudo, falando de prova pessoal, dissemos que a prova pessoal de um facto consiste na revelação consciente, feita por uma pessoa, das impressões mnemónicas que o facto imprimiu no seu espírito. Ora, é necessário notar que por facto não se entende exclusivamente um facto externo. A pessoa produz prova pessoal mesmo quando revela conscientemente um facto interno, já verificado na sua consciência, como, por exemplo, revelando a intenção criminosa que tinha ao praticar uma acção. É necessário notar ainda que a pessoa produz prova pessoal não só quando revela conscientemente um facto interno do seu espírito como um facto passado, mas também quando o revela como um facto *actual*, revelando, por exemplo, as suas convicções actuais e as suas vontades actuais: neste caso pode parecer que já se não trata da revelação de impressões mnemónicas, e que por isso a fórmula por nós usada ao dar a noção da prova pessoal, não seja suficientemente compreensiva. Mas se se atender a que o fenómeno actual do espírito também não é revelável senão enquanto a consciência dele tem a visão, e uma conseqüente impressão ideológica, segue-se que o caso da revelação de fenómenos actuais do espírito é também um caso de revelação de impressões mnemónicas em sentido lato; é caso de revelação de impressões mnemónicas, relativamente à função originária da memória, que consiste na recepção consciente das impressões ideológicas, e não já relativamente às funções sucessivas, pelas quais essas impressões se conservam e são depois despertadas em uma época futura. Em todo o caso, o esclarecimento que aqui apresentamos deve servir, sob este ponto de vista, para completar e determinar a noção da prova pessoal.

Da rápida noção, precedentemente apresentada sobre o que é a prova pessoal e o que é prova real, deduz-se claramente que a própria pessoa, quando apresenta modificações corpóreas, também ela não é mais que uma coisa. Assim, o ferimento que apresenta a pessoa física, não é mais do que uma prova real: e isto é claro.

Mas é importante notar que não é só pelas modificações corpóreas sofridas que a pessoa dá lugar a provas reais. Há casos em que se trata de modificações psíquicas produzidas na consciência de uma pessoa, e por ela manifestadas, e não obstante para falar com exactidão, não há senão provas reais e não pessoais. Para distinguir clara e determinadamente quando as manifestações do espírito interno, por parte de uma pessoa, constituem uma prova pessoal e não real, é necessário ter presente que há duas condições essenciais para que a manifestação do espírito interno constitua uma prova pessoal: é essencial, em primeiro lugar, a consciência da manifestação; é essencial, em segundo lugar, que essa manifestação se apresente como destinada a fazer fé da verdade dos factos por ela afirmados. Se as exteriorizações do espírito humano não são *conscientes*, ou se as exteriorizações do espírito não se consideram como *destinadas a fazer fé* da verdade dos factos por elas manifestados, não há prova pessoal, mas real.

Sem a consciência dos próprios actos, o espírito humano é considerado como uma coisa, e não como uma pessoa. E, dado um facto humano que se considera como manifestação do espírito interno, a *consciência*, como condição da prova pessoal, deve ser considerada não só emquanto deve acompanhar a exteriorização de um tal facto humano *como facto*, o que é uma condição da voluntariedade do facto; mas também emquanto deve acompanhá-la *como revelação* do animo interno. Funcionando como prova do espírito interno, são provas reais e não pessoais, não só a palidez, o tremor, o desmaio do arguido, e qualquer outro facto involuntário da pessoa; mas são também provas reais todos aqueles factos humanos voluntários que se empregam como prova para revelar o espírito interno, todos aqueles factos que, embora

*conscientemente praticados como factos*, são contudo *inconscientemente emitidos como revelação* do espírito interno: todos estes factos, voluntários e involuntários, por isso que são chamados a funcionar como prova e como revelação inconsciente do espírito interno, constituem provas reais; e provas reais desta espécie são por isso as que nós, sob o ponto de vista do juízo penal, classificamos sob o título de indícios de efeito dos vestígios morais do delito.

À própria palavra, que é essencialmente destinada a exprimir as manifestações conscientes da alma, não pode considerar-se como prova pessoal, quando não seja destinada *conscientemente* a revelar a alma. Sempre que é uma *exteriorização inconsciente* do espírito, ela não pode ser senão uma prova real. Não é somente o esfregar das mãos da Lady Macbeth, para fazer desaparecer aquela mancha que nelas depositara o remorso; não é somente aquele esfregar das mãos, que tinha uma natureza de prova real; mas também os seus terríveis desvarios de somniloqua. Ela não apresentava, para quem a escutava, senão uma prova real, mesmo quando, olhando a sua pequena mão sanguinária de rainha, exclamava:

«Qui sempre **odor di sangue!**  
**Lassa! tutti i profumi dell' Arabia**  
**Giammai lenir questa piccola mano** I  
**Non potranno. >**

E sempre pela mesma razão, até a própria confissão escrita do delito, feita pelo arguido em um momento de somnambulismo, não será propriamente senão uma prova real. Sim, uma prova real, porquanto é essencial à prova pessoal a consciência da própria manifestação; é nesta consciência, que assenta a natureza específica da afirmação pessoal. Suprima-se a consciência, e o que ficará? A exteriorização de um estado de espírito, que pode não ser mais do que uma manifestação doentia. No maior número das provas reais, que é o das reais-corpóreas, trata-se de modificações materiais, percebidas imediatamente sobre a própria coisa; trata-se aqui de modificações espirituais, percebidas, por via me-



diata, na pessoa. Mas que se conclui disto? As modificações espirituais, como as materiais, são, do mesmo modo, inconscientemente apresentadas pelos seus respectivos sujeitos à percepção do juiz.

Suprima-se a diferença acessória da manifestação, derivada da diversa natureza dos sujeitos, pela qual o sujeito espiritual tem necessidade de exteriorizar as suas modificações, para as tornar perceptíveis, e o sujeito material apresentá-las há já patentes e exteriorizadas; e, à parte esta diferença, terão a mesma natureza de prova: modificações tôdas elas inconscientemente oferecidas pelos próprios sujeitos à percepção, e que entram por isso na classe das provas reais. Sem a consciência, não há senão *coisa*, mesmo na parte espiritual da pessoa; e a manifestação inconsciente do fenómeno espiritual, por parte da pessoa-sujeito, não se reduz senão a uma evolução fatal do próprio fenómeno, que se resolve em uma prova real.

Mas não é só quando *inconscientemente* articulada ou escrita que a palavra constitui uma prova real: nem tôda a palavra consciente é uma prova pessoal. A palavra consciente, para ser uma prova pessoal, deve apresentar-se como sendo *destinada a fazer fé da verdade dos factos por ela afirmados*; e só ó prova pessoal *emquanto* se apresenta como tal.

Vimos já anteriormente que o motivo para delinquir, considerado como indicio causal do delito cometido, não é senão uma prova real; observamos também que a existência dêsse motivo pode ser *conscientemente revelada* pela própria pessoa em cujo espírito se afirma; e mostramos que nesse caso se obterá uma prova pessoal da *existência do motivo causador*, mas que o motivo causador *como prova do delito cometido* é uma prova real: e a razão está pròpriamente em que a suposta palavra consciente de uma pessoa não se apresenta como destinada a fazer fé da verdade dos factos por meio dela afirmados, senão *emquanto à existência* do motivo, e não já *emquanto à relação* dêsse motivo com o delito cometido. Eis porque essa prova se apresenta não como uma prova real *pura*, mas como um mixto de prova pessoal e real, e pròpriamente como uma prova pessoal que tem por

conteúdo uma prova real. E diga-se entre parêntesis, neste sentido e sob este aspecto, todas as afirmações indiciárias de uma pessoa são provas pessoais com conteúdo de provas reais, mesmo quando teem propriamente por conteúdo indícios *de efeito* <sup>1</sup>. Assim, quando uma testemunha vem conscientemente depôr ter visto, em seguida ao crime, fugir o arguido, tem-se uma prova pessoal enquanto à verdade da fuga, e uma prova real quando se emprega a fuga como indício de efeito do crime consumado. E fecho o parêntesis.

Agora importa considerar que a palavra consciente não pode considerar-se como destinada a fazer fé da verdade dos factos por ela afirmados, quando se apresenta, não como uma simples *revelação* do espírito interno, mas como uma forma de concretização da realidade: e por isso, neste caso, tem-se igualmente uma prova real e não pessoal. Nos crimes que consistem na palavra, como na injúria e na ameaça, a palavra constitutiva do crime, suponhamos que tenha sido pronunciada perante o juiz, não será mais que uma prova real. Trata-se de um crime cuja existência de facto está na manifestação material dos pensamentos; e portanto a palavra injuriosa, ou a palavra de ameaça, não é senão o próprio crime na materialidade da sua existência, que se submete ao espírito do juiz, e não já uma afirmação pessoal consciente, destinada a convencer da verdade dos factos atestados: a palavra, nestes casos, é atendida como a concretização do crime, e não sob o ponto de vista de *ser destinada a fazer fé* dos factos por ela afirmados, ponto de vista essencial para a prova pessoal. E como a palavra articulada, é prova real a palavra escrita, quando se considera como constitutiva do crime. Assim o escrito falsificado, assim o libelo difamatório, assim a carta ameaçadora,

<sup>1</sup> Relativamente às afirmações directas de pessoa, elas, ao contrário, *por isso que são directas*, não teem propriamente por conteúdo uma *prova* real do delito, mas a realidade do próprio delito. A realidade do delito, considerada em si, nunca poderá em rigor chamar-se *prova*, em sentido específico, do delito, sendo ao contrário a própria evidência da verdade criminosa, como declaramos no cap. 1 da Parte segunda deste livro.

assim a queixa ou a denúncia na calúnia, assim o bilhete de desafio no duelo, quando submetidos a juízo, não são mais do que provas reais, por isso que representara a concretização material do crime, e não a revelação de um dado facto, destinada a fazer dêle fé.

Concluindo, as duas condições essenciais à natureza da afirmação pessoal, são a *consciência* da afirmação, por um lado, e *ser destinada a fazer fé* da verdade dos factos que com ela se afirmam, por outro. £ assim que, completando e esclarecendo esta noção, é prova pessoal tôda a manifestação consciente e pessoal das impressões mnemónicas, destinada a fazer fé da verdade dos factos por ela afirmados. E mais resumidamente, chamando *afirmação pessoal* à manifestação das impressões mnemónicas por parte de uma pessoa, pode dizer-se: é prova *pessoal* tôda a afirmação pessoal consciente, destinada a fazer fé da verdade dos factos por ela afirmados. Tôda a outra prova é *real*.

Emquanto às provas puramente reais que consistem em manifestações inconscientes do espírito, elas poderão chamar-se provas *reais-psíquicas*. Mas já assim não é relativamente às outras provas puramente reais que consistem naquelas manifestações do espírito que se apresentam como uma forma de concretização da realidade, e não já como destinadas a fazer fé da verdade dos factos por elas afirmados; estas últimas provas não são e não podem chamar-se senão provas *reais-corpóreas*, como tôdas as outras provas pròpriamente reais.

Sempre que falte a consciência na palavra fónica ou escrita (ou em qualquer outra forma de manifestação do espírito), sempre que isso tenha lugar, entende-se que a palavra, com quanto revele impressões mnemónicas do espírito, as revela como impressões mnemónicas do espírito inconsciente na sua manifestação, do espírito enquanto é coisa, e não pessoa; e entende-se por isso que a palavra em tal caso ó uma prova real. Mas se há uma prova real, enquanto o espírito, sem consciência, ela deve considerar-se como coisa, e não como pessoa; não se trata já, pois, de uma coisa materiall mas de uma coisa espiritual; e por isso esta prova real, para a especificar, pode com exactidão chamar-se-lhe prova *real-psíquica*.

Já se não dá o mesmo quanto à palavra articulada ou escrita que é constitutiva do crime; esta confunde-se com a multidão das provas *reais-corpóreas*. A palavra articulada ou escrita, constitutiva de crime, considera-se também como prova *real*, não porque se apresente como manifestação inconsciente do espírito; mas porque, pelo contrário, se fôsse inconsciente, não-poderia constituir crime. Se a palavra, articulada ou escrita, que constitui o crime, se considera como prova real, é porque ela se apresenta, não como uma simples *revelação* de uma modificação, que um facto imprimiu no sujeito espiritual, mas porque se apresenta, ao contrário, como *acção* de um agente espiritual, violador do direito de outrem. Trata-se de uma *acção externa e material*, violadora do direito de outrem, que se resolve na forma de uma palavra fônica ou escrita; trata-se de uma exteriorização material constitutiva do crime. A palavra, como som ou como escrita, não é neste caso senão o meio de concretização material do próprio crime, como o punhal que ferio, como a mecha que incendeia. Estamos propriamente em face da materialidade do corpo de delito; não é por isso o caso de prova *real-psíquica*; mas propriamente o de prova real corpórea. E se a palavra fônica ou escrita, mesmo como crime, se refere sempre à pessoa de quem deriva, ela refere-se-lhe não como ao sujeito, cuja modificação constitutiva da prova revela, mas como ao *autor* moral responsável, como qualquer outra materialidade produzida pelo delinquente, e que constitua delito.

Parece-nos, por isso, fora de dúvida poder-se chamar prova real-psíquica toda a palavra inconsciente ou qualquer outra manifestação inconsciente do espírito; não é, e não pode chamar-se senão prova real-corpórea, como todas as outras, a palavra que constitui o crime. Eis, assim, esclarecido o conceito da subdivisão, que poderá fazer-se, das provas reais em corpóreas e psíquicas.

Até aqui temos procurado determinar a natureza substancial das provas reais e das provas pessoais. Mas para completar estas noções, é necessário determinar ainda relativamente a que se considera a natureza destas duas espécies de prova.

A propósito disto recordemos ainda uma vez, aqui, o que

dissemos em outro lugar, repetidas vezes: a distinção subjectiva das provas, em pessoais e reais, deve considerar-se em relação à consciência do juiz dos debates. Se assim se não fizesse, se se atendessem as provas relativamente à sua fonte originária, não haveria senão provas reais. Não há afirmação por ciência própria, que é a afirmação pela qual atingem força probatória todas as afirmações consecutivas inoriginais de uma pessoa; não há, dizia, afirmação original de uma pessoa, que não inclua uma prova (em sentido genérico) real, relativamente à própria pessoa que faz a afirmação original, sob o ponto de vista do sujeito que se lhe apresentou como fazendo prova. Temos sempre uma prova real, relativamente ao que faz a afirmação, o qual teve a percepção directa das coisas que refere: a voz das coisas falou-lhe, e ele transmite-a ao juiz. Toda a prova, neste sentido, começa por ser real. Divide-se depois em pessoal e real, segundo o sujeito que afinal se apresenta perante o juiz produzindo a certeza no seu espírito; e é este o momento, em que se estuda a natureza subjectiva das provas, e se distinguem as suas classes.

De resto, se nós, para distinguir a prova pessoal da real, consideramos o sujeito que em conclusão se apresenta para produzir a certeza no espírito do juiz, não quer isso dizer que, para obtêmos a prova pessoal, exijamos a presença material em juízo da pessoa que faz a afirmação; não. Há formas de afirmação de pessoa, que se destacam materialmente da pessoa que afirma, ficando moralmente ligadas a ela: o escrito, como declaração consciente, encarna em si a afirmação de uma pessoa, mesmo depois de separado da pessoa física que afirma; e por isso sempre que o escrito é uma manifestação consciente pessoal, destinada a fazer fé dos factos nêle afirmados, é sempre uma prova pessoal, comquanto a pessoa física não compareça em juízo. O juiz, neste caso, por detrás da materialidade do escrito, verá sempre a pessoa moral do que afirma; e é por isso sempre como declaração consciente da pessoa, que o escrito terá força de prova no seu espírito.

E agora, que nos parece ter esclarecido a noção das provas reais e das provas pessoais, julgamos útil voltar atrás ao exame

de uma das nossas premissas. Nós, atendendo a que ao conhecimento de um facto, que já não existe, se pode chegar pela consideração das suas causas e dos seus efeitos; do exame dos efeitos em sentido generalíssimo, do exame dos vestígios morais e reais que o facto deixa atrás de si, deduzimos que, havendo simplesmente dois sujeitos possíveis de prova, a pessoa consciente ou a coisa inconsciente, as provas, sob o ponto de vista do sujeito, se dividem em pessoais e reais. Apraz-nos agora considerar de novo *como é* que um facto, que já não existe, pode ser revelado pelas suas causas e pelos seus efeitos.

Relativamente ao que o facto indica, ligando-se-lhe como causa a efeito, não é necessário falar em particular, mais desenvolvidamente. Uma coisa só pode revelar o seu efeito pelo seu modo natural de ser. O estilete triangular, que se apresenta como indício causal relativamente à ferida que apresenta o ofendido, só aparece como causa dêsse efeito, devido ao seu modo natural de ser, e não por uma modificação que tenha sofrido.

Emquanto aos efeitos do facto, dissemos que êles se resolvem em vestígios morais e vestígios reais.

Emquanto aos vestígios morais, também nos não parece necessário gastar mais palavras. Já dissemos, que êles nascem da percepção do facto por parte do espírito humano, e se concretizam nas impressões mnemónicas, que se conservam no espírito de uma pessoa: quando estas modificações do espírito interno, são reveladas conscientemente pela pessoa, teem-se as provas pessoais; e quando, pois, são inconscientemente reveladas, tem-se aquela categoria particular de provas reais, por nós designada pela denominação de provas reais psíquicas.

E conveniente por isso, detêrmo-nos um pouco na consideração dos vestígios físicos, isto é, dos efeitos reais corpóreos, que o facto deixa atrás de si.

Um efeito pode fisicamente revelar a sua causa, quer pela sua *modalidade natural*, quer por *alterações produzidas* na sua modalidade.

Deixando de parte o caso, que demonstramos ser raríssimo, de uma coisa revelar a sua causa pela sua modalidade natural,

parece-nos útil insistir ainda sobre o que dissemos noutra parte, relativamente à hipótese de que uma coisa revele a sua causa por uma alteração produzida no seu modo de ser, isto é, por uma *modificação física*<sup>1</sup>.

Para que uma nova realidade entre materialmente na coexistência de outras realidades, é necessário uma espécie de adaptação física da primeira ao meio das outras. Todo o facto em geral, por isso, e todo o delito em especial, no decurso da sua realização no espaço, vem de encontro às outras realidades existentes, produzindo modificações físicas. Estas modificações só podem ser de duas espécies: modificações emquanto ao *modo* de ser, modificações emquanto ao *lugar*, alterações e locomoções. Examinai, pois, tôdas as provas reais, directas e indirectas, que consistam em modificações físicas, e não encontrareis senão coisas alteradas e coisas deslocadas.

O cadáver, o ferimento, a casa incendiada, e outras coisas semelhantes, são provas *directas* por *alteração*. A pessoa sequestrada, encontrada na prisão arbitrária de um particular, a coisa roubada, achada na casa do ladrão, e coisas semelhantes, são provas *directas* por *locomoção*.

O cabelo do acusado, encontrado junto do local do crime, é uma prova *indirecta* por *locomoção*. A água suja de cinza, encontrada na bacia do acusado de incêndio, é uma prova *indirecta* por *alteração*.

Quando se trata, portanto, de modificações materiais, fisicamente perceptíveis, elas consistem unicamente em alterações e locomoções das coisas.

E é também importante observar que, quando se trata de coisas materiais que o delinquente fêz entrar, na qualidade de meios, na ordem da sua própria actividade criminosa, e que por isso funcionam como indícios causais do delito, como no caso do um punhal e de uma alavanca, que se consideram como agentes

<sup>1</sup> Veja-se, relativamente a êste assunto, na Parte terceira, o cap. III e o art. 4.º.

causais da ferida e do arrombamento da porta; é necessário, dizia eu, observar que esta espécie de coisas materiais que se ligam, como causa e efeito, a um dado facto, não encontram a sua eficácia probatória, senão quando correspondem a uma alteração ou locomoção produzidas. O punhal só tem eficácia probatória, quando a forma da ferida, alteração física da pessoa, corresponde a êle. À alavanca só tem eficácia probatória, quando a porta fôrçada e os vestígios do esforço feito nesse sentido, alterações físicas das coisas, lhe correspondem. À posse de um determinado veneno só tem eficácia acusadora, quando a alteração física do organismo da vítima do envenenamento, alteração derivada da natureza do veneno ingerido, se harmoniza com a natureza do veneno possuído. Se Tício é acusado de ter roubado coisas que se não podem transportar senão por meio de um carro, e no seu pátio se encontra, contra o costume, um carro, êste carro só terá eficácia acusadora contra Tício, por corresponder à suposta locomoção das coisas. E assim por diante.

E basta quanto a natureza dos vestígios de que podem derivar as provas.

Já mencionamos em uma Parte precedente, e desenvolveremos na Parte seguinte dêste livro, como é que o fundamento da credibilidade da prova pessoal se encontra na presunção de veracidade das pessoas, isto é, na presunção de que as pessoas se não enganam nem querem enganar; e veremos também em seguida, como em concreto a prova pessoal deve ser avaliada subjectivamente.

Já anteriormente mencionamos, e veremos também em seguida, como o fundamento da credibilidade das provas reais é a presunção da verdade das coisas, presunção que se funda na crença de que as coisas sejam ordinariamente tais quais parecem ser, e não se encontrem falseadas por obra maliciosa do homem; e veremos também, em seguida, como a prova real deve ser, em concreto, avaliada subjectivamente.

Resta-nos simplesmente fechar êste capítulo; e parece-nos não ser inútil fechá-lo com uma consideração de índole complementar, relativamente a uma condição do sujeito probatório, em



certos casos necessária, para que o vestígio real, ou moral, tenha eficácia de prova: esta condição assenta na identificação material do sujeito das provas.

Começemos pelas provas reais. Dissemos já que as coisas modificadas só podem revelar o delito por locomoção ou por alteração.

Ora, quando as coisas são reveladoras pela sua *locomoção*, para que tenham fôrça de prova, é ordinariamente de grande importância a sua identificação. Tratando-se, ao contrário, de provas que consistem em *alterações* das coisas, a identificação não tem ordinariamente importância.

Por outros termos:

Para que a coisa seja reveladora por locomoção ou por alteração, é necessário que se tenham verificado tanto a primeira modalidade como a segunda. Ora, para verificar a locomoção, é necessário ordinariamente provar que a coisa que se encontra em um lugar, é justamente a que se achava em outro; isto é, é necessário identificá-la. Quando se trata, ao contrário, de *alterações*, não se faz entrar ordinariamente em discussão a identidade da coisa alterada; para a eficácia da prova não é, portanto, ordinariamente importante a identificação; costuma ser importante, ao contrário, precisamente o oposto; freqüentemente é necessário, direi assim, desidentificar parcialmente a coisa; isto é, provar que a coisa não tinha, anteriormente à acção criminosa, aquela tal modificação, que se julga ser reveladora do delito. Não resta portanto ordinariamente, no caso de provas reais por alteração, mais do que observar a alteração em si, para vêr se tem aquela natureza acusadora que se lhe atribui. Só no caso de, extraordinariamente, ter sido posta em discussão a identidade da coisa alterada, só então, será necessário recorrer à identificação.

Relativamente, pois, às afirmações pessoais, se elas se concretizam na palavra fônica, nunca poderá dar-se identificação alguma, porquanto a palavra fônica, sendo inseparável da pessoa física que a profere, nunca poderá pôr-se em dúvida a sua autenticidade. Se, portanto, se concretizam na palavra escrita, então o escrito, sendo uma materialidade da manifestação, que se destaca da pes-

soa física que o escreveu, segue-se que esta pode impugnar a sua autenticidade, fazendo aparecer assim a necessidade da identificação também para esta espécie de prova pessoal.

E limitar-nos hemos a esta característica generalíssima da identificação material do sujeito das provas, pois que o desenvolvimento desta matéria nos faria sair do nosso campo, conduzindo-nos para o da arte criminal.

## CAPITULO II

### Presença em juízo do sujeito Intrínseco da prova: Originalidade

Atendendo a que, em conclusão, se não pode materialmente apresentar a figurar como prova em juízo senão uma pessoa ou uma coisa, dividiram-se por isso as provas em pessoais e reais, precisando o conteúdo destas classes com as determinações que a razão aconselha. Ora, esta divisão subjectiva das provas, refere-se ao sujeito que a prova pode apresentar considerada *extrinsecamente*, na forma em que se pode concretizar em juízo. Mas a prova também pode ser considerada por outro modo; pode ser considerada *intrinsecamente*, na substância probatória do seu conteúdo. Ora, o sujeito da prova intrínseca, nem sempre coincide com o sujeito da prova extrínseca; e se a simples apreciação do sujeito da prova extrínseca, conduz à divisão das provas em pessoais e reais, a consideração ulterior do sujeito da prova intrínseca, leva a sua divisão em originais e não originais.

Ticio, como pessoa consciente, vem expor em juízo a scena do delicto, como lhe foi narrada por Caio, que a viu com seus olhos. Considerando extrinsecamente o depoimento de Ticio, vemos que é uma afirmação que tem por sujeito uma pessoa, e propriamente a pessoa de Ticio, que vem depor material e conscientemente em juízo, e tanto basta, para se considerar esta afirmação como afirmação de pessoa, como prova pessoal. Mas se considerarmos esta afirmação de Ticio intrinsecamente, na substância probatória do

seu conteúdo, verificamos que a verdadeira prova do delito, é a afirmação de ter sido presencial por parte de Caio, e que o depoimento de Ticio, que refere o que Caio lhe contou, não é propriamente prova do delito, mas uma prova da prova do delito; a afirmação de Ticio só serve para provar a narrativa de Caio, em que consiste substancialmente a prova do delito. O sujeito da prova, extrinsecamente considerado, como se apresenta em juízo, é Ticio que se apresenta a depor, como pessoa consciente; o sujeito da prova, intrinsecamente considerado, é Caio que presenciou o delito, e cuja afirmação é a que constitui propriamente a prova do delito. Pela simples consideração do sujeito extrínseco, a afirmação de Ticio é uma afirmação de pessoa; pela consideração ulterior do sujeito intrínseco, não presente em juízo, a sua afirmação é uma afirmação *não original*. A afirmação de Ticio teria *original*, se nela o sujeito extrínseco coincidissem com o sujeito intrínseco, se Ticio, que se apresenta a depor em juízo, depusesse sobre o que ele próprio viu, e não sobre o que lhe foi contado.

A *originalidade* da prova, portanto, não é mais do que uma condição subjectiva da prova, considerada na sua substância; não é senão a ligação da prova, intrinsecamente considerada, ao sujeito; não é senão a presença, em juízo, do sujeito intrínseco da prova; não é, por outros termos, senão a identidade do sujeito extrínseco e do sujeito intrínseco da prova.

Vejamos breve e distintamente como se concretiza a originalidade tanto pela afirmação de coisa, como pela afirmação de pessoa.

Emquanto à afirmação de coisa, é necessário principiar por relembrar a subdistinção que dela fizemos nas suas subespécies de provas reais-corporais e provas reais-psíquicas, para vê-las distintamente, em relação a umas e outras, como se realiza a originalidade.

Para as provas reais-corpóreas, não existe senão um único modo de percepção da modalidade material, como aderente ao sujeito corpóreo; a presença efectiva do corpo cuja modalidade probatória se percebe. Assim, o corpo morto, o corpo ferido, o

punhal manchado de sangue, quando são directa e imediatamente percebidos, são provas reais-corpóreas originais. I E provas reais-corpóreas, como vimos no capítulo precedente, também originais, são o escrito difamatório, o escrito falsificado, e outras raateriaíidades da palavra fónica ou escrita, em que se concretiza o crime.

I Passando a considerar as provas reais-psíquicas, que consistem nas manifestações inconscientes do pensamento, a originalidade pode concretizar-se de dois modos.

Em primeiro lugar, a palavra fónica, como prova original, só pode ser considerada quando pronunciada perante o juiz. Ora, considerando assim a palavra inconsciente, e considerando igualmente o escrito inconsciente, como escrito perante o juiz, e, em geral, considerando como produzida perante o juiz qualquer outra manifestação inconsciente do espírito interno, tem-se uma primeira espécie de originalidade, que é a mais perfeita; a ligação imediatamente percebida da manifestação material do pensamento ao seu sujeito, que é o homem, *no complexo íntegro de corpo e alma*. Assim, a palidez do réu, o seu tremor, as suas palavras proferidas de um modo hesitante; estas e outras provas reais-psíquicas, se teem lugar em juízo, são provas *originais* pela ligação *inteira com o sujeito* que se acha em juízo.

Dissemos que a palavra fónica, sendo uma forma passageira de uma manifestação, que nasce e morre com o som da voz humana, só pode apresentar-se como prova original, na sua immediata ligação com a pessoa física que a profere, em vez de se apresentar como ligada à pessoa psíquica, a quem pertence o pensamento que se exterioriza pela palavra. O escrito, ao contrário, como qualquer outra forma de manifestação do espírito, que se fixa duradouramente em uma materialidade distinta da pessoa, pode apresentar-se, por meio desta sua vida individual e distinta, separado da pessoa física de que emana, e eis aqui outra forma menos perfeita da originalidade da prova real-psíquica.

Depois de têmos anteriormente dito, que a originalidade *é* a presença do sujeito probatório, não pareça, agora, que nos

contradizemos, afirmando a possibilidade de uma prova original separada do sujeito. Nós falamos simplesmente de separação do sujeito físico. É necessário atender também a que, pela natureza especial das provas constituídas pela manifestação material do espírito, mesmo quando o escrito, ou qualquer outra forma permanente de manifestação, se apresenta desligada do sujeito físico, êste aparece sempre ligado ao sujeito psíquico, que é o seu sujeito original, isto é, o espírito humano, de quem se apresenta, em juízo, como modificação manifestada materialmente; neste espírito do escritor, nesta presença ideológica do sujeito psíquico, a quem pertence o pensamento que se encarna no escrito, nesta presença ideológica do sujeito, é que está a originalidade do escrito que o juiz examina: eis, portanto, a segunda espécie de originalidade da prova. real-psíquica, segunda espécie que pode chamar-se imperfeita: a ligação da prova *unicamente ao sujeito psíquico*. Assim, um escrito, redigido inconscientemente fora do juízo, e que se apresenta ao juiz, é uma prova original da segunda espécie. E basta, relativamente às provas reais-psíquicas.

Eis indicados por esta forma os modos de concretização da originalidade da prova real, tanto corpórea como psíquica.

Emquanto à prova real não original, basta dizer uma só palavra. Fundando-se a classificação subjectiva das provas sobre a natureza que elas apresentam perante quem tem de julgar; a prova real, propriamente dita, não podendo ser apresentada inoriginalmente perante o juiz senão como conteúdo da afirmação de uma pessoa, segue-se que para nós não existe verdadeira prova real não original. Se é a pessoa que vem conscientemente referir ao juiz as suas percepções das coisas, não se tem mais que uma *prova pessoal*. Quando se fala, por isso, de prova *real* em sentido específico, entende-se sempre falar de prova real *original*. Não podendo obter-se uma pura afirmação de uma coisa, senão quando a própria coisa, na inconsciência que é sua característica, apresenta uma materialidade probatória à imediata percepção do juiz, segue-se que, em matéria de prova real propriamente dita, o sujeito extrínseco e o sujeito intrínseco da prova



são sempre idênticos entre si, e por isso a prova real é sempre original.

Esta prova essencialmente original, que chamamos *real* sob o ponto de vista do sujeito, é a mesma que chamamos *material* sob o ponto de vista da forma da sua manifestação. Mas se, sob o ponto de vista do sujeito, a prova real se subdivide em real--corpórea e real-psíquica, conforme pode ter por sujeito uma coisa material qualquer, ou mesmo o espírito humano; sob o ponto de vista da forma, ao contrário, esta espécie de prova, derivada da percepção directa das coisas, é sempre material: mesmo quando a prova tenha uma origem espiritual, ela não é perceptível se não se concretiza em uma dada materialidade. A prova real, quer corpórea, quer psíquica, emquanto ao sujeito, será sempre *material* quanto à sua forma de se manifestar. Sob o ponto de vista da forma, teremos ocasião de nos ocuparmos mais largamente desta espécie de prova.

Passemos agora a considerar, como é que se concretiza a originalidade para a afirmação de pessoa.

São precisamente as provas pessoais, que se dividem em originais e não originais. Como a pessoa que afirma, na consciência distintiva das suas afirmações, pode afirmar distintamente tanto as próprias percepções sobre o facto que se quer verificar, como as percepções alheias que lhe foram relatadas, segue-se que, em matéria de afirmação de pessoa, o sujeito extrínseco que apresenta a prova em juízo, nem sempre é uma mesma coisa juntamente com o sujeito intrínseco da mesma prova. Ora quando existe identidade entre o sujeito extrínseco e o intrínseco, isto é, quando a pessoa, de que provém a afirmação em juízo, afirma o que ela mesma percebeu relativamente ao facto que se quer verificar, a sua afirmação é *original*; quando, ao contrário, há diferença entre o sujeito extrínseco e intrínseco, isto é, quando a pessoa, de que provém a afirmação em juízo, não afirma senão o que lhe foi narrado por outrem relativamente às suas percepções do facto, a sua afirmação é *não original*,

A afirmação de uma pessoa só pode, portanto, considerar-se original, quando se refere a um conteúdo percebido directamente

pela pessoa que afirma: só é afirmação original de pessoa a sua afirmação de ciência própria; a pessoa não afirma originalmente senão o que pessoalmente percebeu.

Posto isto, vejamos as formas por que pode concretizar-se a Originalidade da afirmação de pessoa.

Conforme vimos quanto às manifestações inconscientes da pessoa, que constituem provas reais-psíquicas, também a afirmação consciente da pessoa por ciência própria pode ter duas formas de exterioridade: pode ter a forma transitória da palavra fônica, forma fugaz que nasce e morre com a voz da pessoa; e pode ter a forma permanente tanto do escrito, como de qualquer outra matéria. Estas duas formas de exteriorização dão lugar a dois modos diversos de originalidade.

Quando a afirmação de pessoa por ciência própria se exterioriza na palavra fônica, temos a primeira e mais perfeita forma de originalidade; temos a ligação da afirmação ao seu completo sujeito intrínseco, à pessoa física e moral conjuntamente, de que considerada no seu conjunto, deriva a afirmação por ciência própria. O juiz, percebendo a afirmação, percebe, ao mesmo tempo, directamente a sua génese da pessoa física e da pessoa moral: está nisto, em matéria de provas pessoais, a superioridade da prova oral sobre todas as outras. É inútil dizer, que quando a afirmação por ciência própria, comquanto não oral, fôsse com tudo escrita perante o juiz, ela teria o mesmo *valor de originalidade* da afirmação oral.

Mas quando, por isso, a afirmação por ciência própria de uma pessoa se exterioriza na forma permanente do escrito, então, fixando-se duradouramente em uma materialidade separada da pessoa, pode apresentar-se ao juiz separadamente da pessoa de que provém; e é assim que normalmente ela se apresenta. Por detrás da materialidade do escrito que se lê, percebe-se o espírito de quem o escreveu, ou seja o sujeito intrínseco espiritual da afirmação de pessoa por ciência própria; porquanto, pela simplicidade do espírito humano, não pode perceber-se o pensamento de uma pessoa, sem perceber o espírito que pensa. É esta presença da simples pessoa moral, referindo o que conhece

por ciência própria, é a presença dêste sujeito intrínseco espiritual, que dá originalidade a esta forma de afirmação de pessoa. Mas é sempre uma originalidade menos perfeita; por isso que o sujeito da prova não se acha presente na sua íntima comunhão de espírito e de corpo; acha-se apenas ideològicamente presente na sua parte espiritual.

Esta segunda maneira de originalidade, determinada pela presença da pessoa moral desligada da pessoa física, consideramola relativamente ao escrito, que é a mais perfeita das formas permanentes de manifestação do pensamento. Mas não quer isto dizer, que seja esta a única forma possível de exteriorização permanente da afirmação de pessoa; não, outras há; o marco de pedra, as insígnias dos brazões, um monumento sepulcral, uma cruz colocada no lugar onde se sepultou um homem, com quanto formas defeituosas de afirmação pela indeterminação do seu significado, são, comtudo, tôdas elas formas permanentes da afirmação de pessoa; porquanto em todos os casos supracitados não significa isso que as coisas modificadas, não com o fim de afirmação, tenham por si mesmo uma significação reveladora, hipótese em que se trataria de afirmação de coisa; trata-se, ao contrário, de coisas modificadas com o fim de afirmações; a coisa não é mais que um *meio* de que se serve conscientemente a pessoa para produzir duradouramente uma determinada afirmação. E, por isso, a segunda maneira de originalidade da afirmação de pessoa refere-se, portanto, não só ao escrito, mas também a tôdas aquelas formas menos perfeitas de afirmação, que consistem na exteriorização e fixação do pensamento em uma materialidade permanente qualquer, diversa do escrito.

Em quanto à afirmação não original de pessoa, dissemos, que ela não é pròpriamente uma prova, mas a prova de uma prova. Quando Tício vem afirmar não as suas percepções do facto que se quer verificar, mas as percepções de Caio, que por êste lhe foram narradas, a verdadeira prova do facto é a afirmação de Caio; e a afirmação de Tício não atesta o facto, mas atesta ao contrário, a prova que serve para o atestar; não é, portanto, prova relativamente àquele facto, mas prova de prova. A prova



não original, não sendo mais que uma prova de prova, apresenta uma dupla possibilidade de êrro, a possibilidade inerente a si própria, e a inerente à prova original que contém. A não originalidade pode ser de um, de dois e mais graus: o testemunho de Ticio pode ter por conteúdo, não a declaração original de Caio, mas o testemunho igualmente não original de Semprônio, a quem foi feita a declaração original de Caio, e que a contou a Ticio; e assim por diante. À medida que aumentam os graus de não originalidade, aumenta igualmente a possibilidade de êrro: como no testemunho não original de primeiro grau, à possibilidade de se enganar e de querer enganar da primeira testemunha, se junta sempre a possibilidade de se enganar e de querer enganar da segunda testemunha, assim também à possibilidade enganadora da segunda testemunha se veem juntar a da terceira, da quarta, e assim por diante, à medida que aumentam os graus de não originalidade. A prova não original é por isso sempre inferior à prova original; e à medida que aumentam os graus de não originalidade, crescendo a possibilidade de êrro, e afastando-se sempre cada vez mais do facto a verificar, cresce a inferioridade da prova não original, até perder quasi todo o valor. Relativamente à diminuição do valor das provas não originais à proporção que aumentam os graus, é ótima a comparação que se faz com a diminuição da visibilidade através de maior numero de chapas de vidro: um corpo que se via distintamente através de uma só chapa de vidro, distingue-se cada vez menos claramente à medida que se vão interpondo outras chapas de vidro; e quando estas tenham chegado a um dado número, acaba-se por perder completamente a possibilidade de vêr.

Mas vejamos qual a especialidade em que pode concretizar-se a não originalidade da afirmação de pessoa.

As possibilidades de não originalidade da afirmação de uma pessoa são quatro; duas referentes à hipótese da não originalidade em forma oral, duas referentes à hipótese da originalidade em forma escrita. Se a afirmação original de pessoa é oral, ela pode ser transmitida não originalmente, tanto por meio de outra afirmação, oral, como por uma afirmação escrita. E assim



consequentemente, se a afirmação original é escrita, pode ser transmitida não originalmente tanto em forma escrita como em forma oral.

Vejamos em especial cada uma destas espécies da não originalidade :

1.º Se o testemunho original *é oral*, pode ter-se em primeiro lugar a sua transmissão não original mesmo oralmente. Tício teve a percepção directa de um facto; Caio ouviu a narração de Tício, e vem referi-la em juízo; eis aqui um testemunho não original de primeiro grau. À possibilidade de engano e de vontade de enganar da primeira testemunha vem juntar-se a da segunda; e se mais graus houvesse, seria necessário acrescentar cada vez mais possibilidade de erro.

E a possibilidade de engano torna-se, pois, incalculável, quando a cadeia dos *ouvi dizer* se perde no ignoto; é o caso da voz pública, ou fama pública, ou notoriedade, se assim lhe querem chamar. A testemunha primitiva original não é mais que uma hipótese misteriosa. É em vão que se inquirem as mil vozes particulares, de que se compõe a voz pública; os mil pequenos sussurros, de que se compõe o grande sussurro que é a notoriedade; os mil rumores de ignota proveniência, cujo eco inexplicável e irresponsável é a fama pública: tôdas aquelas vozes, todos êstes sussurros, todos êstes rumores, não conseguirão revelar a sua filiação legítima, a sua permanência de um testemunho de ciência própria. É o cúmulo da não originalidade da afirmação de pessoa: a não originalidade anónima.

O primeiro a lançar no espaço aquela dada voz, que em seguida o eco popular repete e multiplica até ao infinito; o primeiro a contar aquela determinada história, que depois se apresenta sob o passaporte da impunidade que trás consigo a fama pública; o primeiro que diz ter ouvido, não é por vezes senão uma falsa testemunha; os, que se arvoraram em propagadores de novidades são freqüentemente uns incrédulos: a aliança do delito de um com a credulidade tagarela de mil, eis o que é por vezes a chamada voz pública, notoriedade, fama pública. Nêste caso, com a multiplicação epidémica da testemunha original,

passa-se o mesmo que com a da moeda falsa: esta fabrica-a o delinqüente; e é posta em circulação muitas vezes por gente fácil e de boa fé.

Desde que Ticio diz ter ouvido a Caio, têtemunha de «ciência própria, ou então Caio afirma por sua vez, ter ouvido a Mevio, têtemunha originária de ciência própria, ter-se ha uma afirmação não original do primeiro ou do segundo grau, e assim por diante; mas será sempre uma afirmação que se transmite por meio de pessoas determinadas, e que tem a sua origem segura na afirmação original de uma pessoa determinada, como é a de Caio ou de Mevio. Será questão da credulidade de Mevio, de Caio, de Ticio, para se acreditar no que êles tenham afirmado, o primeiro, suponhamos, por ciência própria, e os outros relativamente por ouvir dizer; mas sendo havidos como dignos de crédito tanto Mevio, como Caio e como Ticio, dever-se há logicamente acreditar no delito ou no indício do delito, segundo o diverso conteúdo dos seus depoimentos. Admitamos que Mevio e Caio morreram; o têtemunho, por si crível, de Ticio, apoiado nas narrações, por si críveis, de Caio e Mevio, conduzirá sempre à fé no conteúdo da afirmação, segundo a sua diversa natureza, como em uma prova directa ou indirecta.

Quando, ao contrário, a não originalidade da têtemunha se perde no anónimo, então o seu conteúdo, quer seja directo quer indirecto, terá apenas o simples valor de indício. Esta voz pública, cuja paternidade se ignora, êste têtemunho multiforme, e sem um perfil determinado, que constitui a fama pública, mesmo quando afirme directamente o facto criminoso, não tem em si uma credibilidade tal que possa originar, relativamente a êle, a certeza directa.

Não pode haver quem, baseando-se na voz pública, possa organizar um raciocínio tão acertado, como o das provas directas : creio na verdade das provas, creio, portanto, necessariamente na verdade da coisa provada. Não se poderá, ao contrário, senão raciocinar sempre assim: existe esta fama pública, cuja credibilidade fundamental ignoro, visto ignorar a sua origem: o que deve deduzir-se daqui, emquanto à verdade do delicto ? E por isso

a voz pública, mesmo quando tenha por conteúdo o delito, e é, sob este aspecto, prova directa, não funciona, sob o ponto de vista do seu *valor* probatório, senão como um indício simples e duvidoso. Bis a razão porque os tratadistas só falam, inexactamente, da voz pública a propósito de indício; ao passo que, ao contrário, a voz pública normalmente não tem importância alguma, a não ser quando tenha por conteúdo propriamente o delito. Assim, se ela em vez de ter por conteúdo propriamente o delito, tivesse por conteúdo um facto diverso, que se chama para funcionar como simples indício do delito, quer-me parecer que a voz pública não teria direito a merecer consideração alguma; porquanto o indício, para se apresentar entre as provas, não deve deixar lugar a que se levante qualquer dúvida sobre a veracidade do facto indicador. Ora, quem sabe se a fama pública teve a sua origem em um dito falso posto em circulação, ou se em uma afirmação verídica do facto indicador! Qual o meio de o descobrir? Como subir às ignotas origens?

2.º Considerando sempre como *oral* a afirmação original, pode ter-se, em segundo lugar, a transmissão não original por escrito. Tício, testemunha por ciência própria de um facto, conta-o a Caio; Caio escreve, por sua vez, por ouvir dizer, a narração daquele facto: eis aqui uma afirmação não original escrita, do primeiro grau, de uma afirmação oral.

3.º Passemos à hipótese da afirmação original *escrita*. Esta pode, em primeiro lugar, ser transmitida não originalmente pela forma *oral*. Tício vem contar em juízo, o que leu, relativamente a um dado facto, em um escrito que lhe caiu sob os olhos; em um escrito proveniente de uma testemunha de ciência própria daquele facto: eis aqui uma afirmação não original oral, do primeiro grau, de uma afirmação original escrita.

4.º Na mesma hipótese da afirmação original *escrita*, pode haver, em segundo lugar, uma afirmação não original também escrita. Tício escreve o que leu em um dado escrito. A afirmação escrita de Tício, considerada relativamente à afirmação original que reproduz, constitui uma cópia em sentido genérico. Mas, atendendo ao diverso modo particular como esta cópia em

sentido genérico reproduz a originalidade, há assim diversas especialidades : a cópia, em sentido genérico, pode apresentar-se como uma reprodução material completa, e tem-se a *cópia em sentido específico*; pode apresentar-se como reprodução material, na parte que se refere a um dado objecto, e tem-se o *extracto material*; ou pode apresentar-se, finalmente, como uma reprodução ideológica, quer no todo quer em parte, e temos o *extracto ideológico*. Quando, pois, a reprodução do escrito original tenha sido feita em língua diversa, tem-se a *tradução*: cópia em sentido específico, extracto material, ou extracto ideológico, do original, em língua diversa da original.

Eis mencionadas, por esta forma, e determinadas as espécies de originalidade da prova pessoal.

Emquanto à prova real, mostramos como ela nunca pode ser não original. As coisas só podem atestar enquanto, na sua inconsciência, submetem as próprias materialidades probatórias à imediata observação do juiz; e, nesta hipótese, entende-se como a prova real é sempre original. Se, portanto, as coisas se submetam à observação imediata de uma pessoa, diversa da do juiz, e que a êste refere as impressões que recebeu das coisas, então relativamente ao juiz já se não tem uma prova real, mas pessoal; a voz das coisas falou à pessoa, e esta transmite-a ao juiz. A prova real, que só é tal, em sentido específico, enquanto se apresenta em juízo como tal, só pode supôr-se não original em uma hipótese destruidora da sua natureza de prova real: supondo-a como conteúdo da afirmação de uma pessoa, já não há senão uma prova pessoal. De tudo isto resulta não só que as provas reais, como tais, são tôdas originais, mas ainda, que as provas pessoais são inferiores às provas reais. E são inferiores, porque enquanto nas provas reais se tem sob os olhos a coisa que faz a prova, que pode ser estudada nas suas modalidades reveladoras; nas provas pessoais, ao contrário, a voz das coisas pode, por êrro da pessoa que faz a narrativa, chegar alterada ao ouvido do juiz, ou, por dolo da mesma, chegar falsificada. Na afirmação de pessoa, os sentidos do juiz não percebem senão a exterioridade da *prova*, a voz ou o escrito; na afirmação original de coisas, ao

contrário, os sentidos do juiz percebem a exterioridade da *coisa provada*, o elemento criminoso em si, o indício em si; o último dos quais seria o que provou a afirmação indiciária de uma pessoa, de cuja prova, depois, o juiz sobe ao delito, pelo trabalho exclusivo do seu raciocínio.

Mas é necessário observar que a verdadeira prova real, que é essencialmente original e superior à pessoal, não pode obter-se, como veremos em lugar próprio, senão raras vezes em juízo.

É necessário aqui relembrar a sexta regra de crítica judiciária, que desenvolvemos a propósito da prova em geral: em matéria penal, é sempre necessário, dissemos nós, procurar as melhores provas. Desta regra, aplicando-a ao sujeito das provas, derivam como consequência várias regras.

Em primeiro lugar, dividindo-se as provas, emquanto ao sujeito extrínseco, em *reaes* e *pessoais*, e sendo, como vimos, as provas reais superiores às provas pessoais, é necessário não nos contentarmos com estas, quando é possível obter aquelas.

Em segundo lugar, dividindo-se as provas pessoais, emquanto ao sujeito intrínseco, em *originais* e *não originais*, e as provas pessoais originais sendo superiores às provas não originais, é necessário, em geral, não pararmos nestas, quando é possível obter aquelas.

Em terceiro lugar, as provas pessoais originais podendo ser *orais* e *escritas*, e sendo as provas orais, como vimos, superiores às provas escritas, é necessário, em geral, também não nos contentarmos com estas, quando é possível obter aquelas, ou é necessário, pelo menos, falando genéricamente, confrontar as provas escritas com a prova oral do seu autor. Há, por isso, afirmações escritas que têm uma credibilidade superior à das provas orais, pela qualidade da pessoa que as escreve, e pelo conteúdo ou pelas formas particulares do escrito. Mas da especialidade das provas ocupar-nos hemmos em ocasião própria, quando as considerarmos relativamente à *forma* da sua realização.

Emquanto à mencionada inferioridade das provas não originais às originais, devemos dizer uma última palavra. Não é inútil observar que a sua inferioridade não deriva unicamente da

maior possibilidade de erro, inerente à multiplicidade das provas que fazem a afirmação, por isso que o testemunho original, não sendo senão um único testemunho, apresenta uma só categoria de suspeitas, as inerentes à sua pessoa; ao passo que o não original do primeiro grau apresenta duas, as inerentes a si, e as inerentes à testemunha original, e o não original do segundo grau apresenta três, e assim por diante. Não é esta, dizíamos, a única razão da inferioridade da prova não original: outra há. A prova não original em juízo supõe a prova original fora do juízo. Ora, por um lado, quem faz uma declaração fora do juízo, fá-la, muitas vezes, levianamente, sem pesar escrupulosamente as suas palavras; e isto, mais ou menos, segundo a pessoa com quem fala. Por outro lado, fazendo uma declaração extrajudicial, a testemunha original sabe não se encontrar em face das graves penalidades do falso testemunho, com que sabe defrontar-se quando se encontra na solenidade do debate público. De tudo isto deduz-se uma maior facilidade de mentira na testemunha de origem. Emquanto à testemunha de ouvir dizer, ela tem por isso em muitos casos a esperança de impunidade no mentir. Sempre que a pessoa que afirma não originalmente sabe, que por um motivo de força maior, é impossível interrogar a testemunha originária, ou ler o escrito originário, pode mentir sem receio; e é precisamente neste caso de impossibilidade da prova original, que a crítica criminal permite basear-se completamente na prova original. E assim que na afirmação não original de uma pessoa, além da maior possibilidade de erro, proveniente da multiplicação das pessoas que afirmam, por isso que toda a nova pessoa, que se entremete na prova, trás consigo outros tantos novos motivos de suspeita quantos os que lhe são inerentes, além deste aumento numérico da possibilidade de erro, um aumento há também, direi assim, *intensivo*, para a maior facilidade da mentira por parte do que afirma originariamente, e do que transmite essa afirmação.

Da reprovação geral das provas não originais, exceptuam-se algumas provas escritas, que pela qualidade de quem as escreve, e pelas solenidades que acompanham o escrito, tem uma grande

credibilidade, comquanto consistam em uma afirmação não original de uma pessoa. Mas, repetimo-lo, tratar aqui dessas especialidades probatórias seria inoportuno: ocupar-nos hamos delas na divisão formal das provas.

Aqui, sob o ponto de vista geral, pode concluir-se afirmando de novo que quando se pode obter uma prova superior, é necessário não se contentar com a inferior; e prova superior, relativamente ao sujeito, é a prova *real* com referência à *pessoal*; a prova pessoal *original* relativamente à *não original*, a prova original *oral*, em confronto com a *escrita*.

A produção da prova inferior só se explica em duas hipóteses.

Justifica-se, em primeiro lugar, no caso de *impossibilidade*, em sentido relativo, *de prova superior*: a melhor prova **que** pode obter-se é a inferior; e por isso aceita-se.

Justifica-se em segundo lugar, no caso de *oportunidade de confronto* entre a prova superior produzida em juízo, e uma prova inferior relativa. Tem-se em juízo uma prova real: levanta-se a dúvida sobre se ela teria sido alterada dolosamente por maldade de um terceiro; e chama-se a depor sobre o estado da coisa quem a tenha percebido em um momento anterior àquele em que se começa a suspeitar da falsificação da coisa. Tem-se uma afirmação original e oral de uma pessoa: pode ser conveniente confrontar esta declaração, que a testemunha original faz em juízo, com a declaração que ela fez oralmente a outras pessoas fora do juízo, ou que escreveu, e foi lida por outras pessoas anteriormente ao julgamento; e chama-se, então, esta outra testemunha, não original, do facto, para declarar as palavras que ouviu ou leu da testemunha original que se apresentou em juízo. E no caso de palavras lidas que são reproduzidas oralmente em juízo, referimo-nos à hipótese de o escrito da testemunha original já não existir, ou que se não possa encontrar; pois que, se êle existisse e fôsse possível encontrá-lo, então dever-se ia produzir o próprio escrito; e confrontar-se ia com o escrito, com esta forma menos perfeita de afirmação original de pessoa, a declaração original subjectivamente mais perfeita, que a testemunha



fêz oralmente em juízo. Compreende-se, pois, naturalmente, que a produção da prova inferior, quer sirva para confirmar ou diminuir a prova superior, tem sempre por fim último o triunfo da verdade.

Uma última reflexão a propósito da originalidade, e tenho terminado.

Dissemos que a originalidade é a ligação da prova ao seu sujeito intrínseco, ou, por outras palavras, a presença, em juízo, do sujeito intrínseco da prova. Ora, é necessário observar que a originalidade das provas dá-se não só quando as coisas se apresentam directamente perante o juiz; mas também quando, não podendo a coisa ou a pessoa apresentar-se ao juiz, o juiz as vai procurar; e digo, que o juiz vai ter com elas, entendendo que êle vai ter com elas transportando consigo, direi quâsi, o ambiente da justiça, com a intervenção das partes, e nos limites do possível, com o livre acesso do público. O tribunal, com a vistoria judicial nêste sentido, não faria mais que deslocar temporariamente a sua sede, transportando-a para frente das provas.

Há coisas que se não podem transportar para juízo; e tem-se então a visita *ad rem* do juiz, que colhe, por esta forma, a prova real na sua originalidade. Há pessoas que não podem vir a juízo para serem interrogadas; e o juiz, com a visita *ad personam*, colhe a prova pessoal na sua originalidade. No processo positivo, enquanto à visita *ad personam*, recorre-se muitas vezes ao meio da delegação mesmo a um juiz estranho à magistratura que tem de julgar na causa; e então, a prova é apresentada em juízo *não originalmente*, pela forma do escrito do juiz delegado. E a prova, segundo meu parecer, manter-se há não original, mesmo quando o juiz da causa tivesse colhido directamente a prova, mas sem as garantias, mais ou menos largas, da publicidade; porquanto a originalidade das provas, se é necessário considerá-la relativamente à consciência do juiz do debate, esta consciência deve contudo ser integrada pela consciência social. Sem o que, será original a prova, pessoalmente para o juiz; e não original para a consciência social. É necessário não esquecer que as provas, como dissemos em outra parte, devem ser apresentadas a êste

duplo tribunal, de que o juiz propriamente dito deve ser a concretização e o resumo.

Naturalmente, se bem que não originais, estas provas colhidas directamente por um juiz delegado ou pelo juiz da causa, podem ter uma altíssima credibilidade; mas nem por isso poderão chamar-se originais. Naturalmente mesmo quando estas provas não originais, se quisessem considerar menos perfeitas, que as relativas provas verdadeiramente originais que se poderiam obter, é necessário atender a que, não obstante, a necessidade das coisas obriga a que nos contentemos com o menos, quando o mais arrasta consigo inconvenientes sociais superiores às vantagens.

# QUINTA PARTE

## DIVISÃO FORMAL DAS PROVAS

### **Prova testemunhal — Prova documental — Prova material**

#### Preâmbulo prospectivo da divisão formal das provas

Vimos já na parte precedente do livro como a prova, qae em quanto ao *objecto* pode ser directa e indirecta, só pode ter por *sujeito* uma pessoa ou uma coisa. Qualquer prova, portanto, ou se apresenta como afirmação de pessoa, ou como afirmação de coisa.

Mas qual a *forma* porque uma pessoa pode apresentar a sua afirmação ao magistrado? Qual a *forma* porque pode apresen-tar-se a coisa, como afirmante? Eis aqui o conteúdo desta última parte do livro: o estado das provas sob o seu aspecto formal.

Emquanto à afirmação de pessoa, ela, como vimos noutro lugar, consiste na manifestação consciente, por parte da pessoa, tanto das impressões morais produzidas sôbre a consciência por um dado evento externo, como dos simples factos internos da própria consciência. Emquanto, pois, a pessoa revela conscien-temente as impressões morais, produzidas pelo mundo externo no seu espírito, ou os factos internos do próprio espírito, tem-se a afirmação de pessoa <sup>1</sup>. A investigação, pois, das várias formas

<sup>1</sup> Veja-se a noção determinada e desenvolvida no capítulo 1, da Parte quarta: *Divisão subjectiva da prova em real e pessoal*.

que pode assumir a afirmação de pessoa, resolve-se, por isso, na investigação das formas porque a pessoa pode exteriorizar o seu pensamento.

Ora o pensamento humano pode exteriorizar-se por duas formas: ou se exterioriza na palavra fônica, forma passageira de manifestações que nasce e morre com o som da voz humana; ou se exterioriza em uma forma permanente qualquer, e, em particular, na escrita; e esta forma permanente, qualquer que seja, de manifestação concretiza-se por isso sempre em uma materialidade permanente em que se fixa o pensamento, e que se distingue da pessoa física que afirma.

A palavra fônica é a forma passageira do pensamento; o escrito é a forma permanente da palavra, e, assim, mediata do próprio pensamento. Exteriorização transitória ou permanente, palavra ou escrito: eis as ditas formas especiais de manifestação do pensamento humano. E por isso, sob o ponto de vista da prova, eis também as duas formas específicas e fundamentais da afirmação de pessoa: afirmação oral, ou testemunho; afirmação escrita ou documento. Mas é conveniente precisar êstes conceitos.

O documento, como prova pessoal específica, não é constituído unicamente pelo critério formal extrínseco da *escrita*; outro critério formal intrínseco há que é necessário, como melhor veremos em lugar próprio, para determinar a sua natureza específica de prova; e êste outro critério consiste na *irreprodutibilidade oral*. Por outros termos, nem tôda a afirmação pessoal feita por escrito é um documento, mas sim a afirmação feita por escrito e que se não pode reproduzir oralmente. E esta irreprodutibilidade oral de um dado escrito pode ser de várias espécies, segundo os diversos critérios de que resulta.

A irreprodutibilidade oral pode ser, em geral, de três espécies :

1.º Irreprodutibilidade *lógica*, que é a que deriva de um critério lógico que se opõe à reprodução, como no caso de escritos *casuais* dos interessados na causa, e como no caso de escritos não autênticos, que chamamos *antilitigiosos*, isto é. dos escritos redigidos afim de prevenir controvérsias possíveis entre as partes.

2.º Irreprodutibilidade *material* em sentido genérico (compreendendo a *material* em sentido específico e a psicológica), que é aquela que deriva do critério da impossibilidade da reprodução por condições, físicas ou morais, inerentes à pessoa que a afirma. Assim, no caso de morte, de ausência, ou de impossibilidade de encontrar a pessoa que faz a afirmação, cuja declaração se acha traduzida em um escrito; assim, no caso de lhe sobrevir incapacidade.

3.º Irreprodutibilidade *legal*, que é a que deriva do critério legal, que atribui uma tal fé a determinados escritos que se não permite a produção de prova oral relativamente ao seu conteúdo, seja por parte de quem fôr, a não ser que se recorra a um processo penal especial, como a arguição de falsidade.

Êstes critérios que aqui mencionamos rapidamente terão de ser desenvolvidos em lugar próprio: era, em todo o caso, necessário mencioná-los aqui, para determinar as suas noções. Consequentemente, para nós, é documento *a afirmação pessoal consciente, escrita e irreprodutível oralmente*. Nesta definição falamos unicamente da forma escrita; mas entende-se sempre, que pode existir o *documento* em qualquer outra forma permanente : mencionando o escrito, que é a forma ordinária, principal e mais perfeita, do documento, entendemos compreender nêle subordinadamente tôda a outra forma permanente, em que se suponha exteriorizada a afirmação da pessoa.

A determinação da natureza do documento, como forma específica em que se concretiza a prova pessoal, conduz directamente à determinação da outra forma específica em que a prova pessoal se pode concretizar, isto é, à determinação do que é o testemunho.

Se os extremos essenciais do documento são o *escrito* e a *irreprodutibilidade oral*, segue-se que a afirmação da pessoa não será um documento, e será portanto testemunho, sempre que se apresenta *oral*, ou pelo menos *reprodutível oralmente perante o juiz do debate*.

É necessário lembrar aqui uma observação feita por nós anteriormente ao falarmos das provas em geral, e que em seguida repetimos mais vezes. É necessário não esquecer que, para classi-

ficar exactamente as provas, é necessário, para nos não desorientarmos, ter sempre em vista dois pontos fixos que a lógica nos indica. Assim, para falarmos aqui unicamente da classificação subjectiva e da formal, é necessário não esquecer que as provas não podem, tanto relativamente ao seu *sujeito* como à sua *forma*, classificar-se por um modo estável, quando se não refiram à consciência do juiz dos debates.

Se, ao classificarmos uma prova emquanto ao *sujeito*, a não referirmos àquela consciência, nunca alcançaremos coisa alguma de estável na natureza *pessoal* ou *real* que lhe atribuímos: o que deriva da prova *pessoal*, emquanto à consciência do juiz, deriva da prova *real*, para a consciência da própria pessoa que afirma, que relata a sua percepção das coisas.

Se ao classificar uma prova emquanto à *forma* se não tem em vista a consciência do juiz do debate, a mesma prova parecer-nos há pertencer ora a uma classe formal, ora a outra: o que, segundo os nossos critérios, é *documento* relativamente ao juiz do debate, por ter morrido a pessoa cujo depoimento oral foi reduzido a escrito pelo juiz instrutor, é um verdadeiro depoimento oral relativamente a este último.

Quisemos chamar à memória estes critérios para explicar por que é que nós, falando da prova oral e da reprodutibilidade oral, as referimos *ao juiz do debate*. E voltemos ao sujeito principal.

A afirmação pessoal é, portanto, depoimento, quando se apresenta *oral* ou *reproduzível oralmente* no debate público. Esta reprodutibilidade oral, quando se toma como critério da especificação do testemunho, já não se considera como uma potencialidade estéril: a reprodutibilidade oral tem o valor de fazer definir como depoimento uma afirmação escrita, por isso que, *'em regra geral*, deve com efeito reproduzir-se oralmente no debate público, devido àquele princípio superior, por nós afirmado em outra parte, segundo o qual nos não devemos contentar com uma prova em forma inferior, quando logicamente ela se pode obter em uma forma superior. E que a forma oral é, por isso, superior à escrita, ou a qualquer outra forma permanente, já o demonstramos em outro lugar, e compreende-se facilmente só por si.

Nêste ponto prevemos uma observação do perspicaz leitor, à qual julgamos dever responder aqui mesmo, porque é argente, mesmo na simples menção das noções, que elas se apresentem desde o princípio com uma base racional e sem equívocos. O leitor perspicaz, portanto, poderia dizer: se a reprodutibilidade oral só constituo o depoimento enquanto se destina a realizá-lo, para que apresentá-la como um critério particular, além do da sua qualidade oral efectiva? Seria mais simples e mais verdadeiro dizer: não é testemunho senão a afirmação oral da pessoa.

Como se vê, a objecção seria de fôrça, e o leitor teria razão de sobejo, se não existissem afirmações escritas, que, comquanto susceptíveis de reprodução oral, comtudo, pelos ditames da arte criminal, se acha oportuno, quer pela sua natureza especial, quer pela melhor economia dos julgamentos, não reproduzir absolutamente; ou reproduzir sem comtudo aniquilar a sua existência em forma escrita.

À parte as afirmações escritas reprodutíveis oralmente que parece conveniente não reproduzir em absoluto, também aquelas de que se sente a necessidade de as reproduzir oralmente, não se consideram por isso, sempre e tôdas elas, como inexistentes no julgamento público; mas mantem-se na sua forma escrita, a par da sua reprodução oral; por outros têrmos, há afirmações escritas de que nos debates se admite cumulativamente a leitura *prévia*, e depois a sucessiva reprodução oral por parte da pessoa que afirma.

Ora, não só as afirmações escritas reprodutíveis que se não reproduzem em absoluto oralmente, mas também estas afirmações 'escritas que se reproduzem por uma forma oral sucessiva, consideradas em si mesmas, são sempre, falando com precisão, consideradas como *têstemunhos escritos*, e não como documentos; são consideradas como *têstemunhos*, comquanto não sejam em si efectivamente orais, só porque teem a natureza oral potencial, pela qual, além da leitura a que são *prévia*mente admitidas, em caso de necessidade razoável experimentada por uma das partes, não só podem, mas devem reproduzir-se com a sua natureza oral efectiva.

Não se admite, em geral, a leitura dos depoimentos escritos; ouve-se unicamente a sua reprodução oral, aplicando-se o princípio de serem orais de um modo absoluto. Dos testemunhos especiais a que acima me referi admite-se a leitura, recorrendo-se em seguida à reprodução oral, ou mesmo sem recorrer absolutamente a ela: aplica-se-lhes o princípio da sua natureza oral de um modo relativo. Casos há, repito, em que se não recorre absolutamente à reprodução oral, porque se não faz sentir a sua necessidade; eis porque é que eu, dizendo anteriormente, que a simples reprodutibilidade oral caracteriza o testemunho tanto como se destina a converter-se em manifestação oral efectiva, acrescentei: *em regra geral*, querendo dizer: *sempre que se sinta a sua necessidade*.

Assim, no caso de certificado de bom comportamento moral, passado pelo oficial público competente, admite-se a sua leitura, quer pela simplicidade do seu conteúdo, quer pela autoridade de quem o escreve, não sendo por isso necessário que quem o escreven se apresente nos debates públicos para o reproduzir oralmente. Se um perito tivesse que ser sempre intimado para reproduzir oralmente as suas afirmações testemunhais sobre o procedimento dos indivíduos a quem passa o respectivo certificado, teria que ajudar continuamente pelas salas dos tribunais.

Portanto, no caso de certidões passadas por oficiais públicos, conquanto, pelo seu conteúdo especial que se confia melhor ao escrito que à memória, se admita igualmente a prévia leitura, contudo, pela importância do conteúdo, respeitante ao crime e ao acusado, a lógica judiciária não pode contentar-se com a simples leitura, e exige ao mesmo tempo a reprodução oral, como confirmação, explicação ou complemento.

À arte criminal, em subordinação à lógica judiciária, aconselha as várias limitações que se devem impor ao princípio absoluto de ser oral a prova, transformando-o em um princípio relativo. Mas em seguida teremos que voltar ao assunto.

Aqui tornava-se urgente mencionar apenas o necessário para justificar a nossa noção, que afirma a natureza de testemunho mesmo na simples faculdade de reprodução da afirmação de



pessoa. Podemos, portanto, confirmar novamente a nossa definição: é *têstemunho* a afirmação consciente de uma pessoa, oral ou pelo menos reproduzível oralmente no debate público.

Concluindo, pelo que dissemos anteriormente pode afinar-se que a pessoa não pode apresentar a sua afirmação, senão por duas formas; e por isso da prova pessoal derivam duas espécies formais de prova: o *têstemunho* e o *documento*.

Tratemos agora da afirmação de coisa.

O *têstemunho* e o *documento*, formas de afirmação de pessoa, podem ser provas originais ou não originais, conforme relatam, relativamente a um facto, as percepções da pessoa que afirma, ou a declaração de outrem. Quanto à afirmação da coisa, só pode ser considerada como prova original, a não ser que se pretenda desconhecer a sua verdadeira natureza. Ela só pode apresentar-se não originalmente, como conteúdo da afirmação de pessoa; e portanto entende-se como é que para nós, e já o afirmamos em lugar próprio, não existe a prova real não original. Se é uma pessoa que vem expor ao juiz as suas percepções sobre as coisas, enquanto ao juiz, a quem devem referir-se geralmente todas as provas cuja natureza subjectiva e formal se quer verificar na crítica criminal, não há mais que uma *prova pessoal*. Quando se fala, pois, de prova *real* em sentido específico, entende-se sempre falar de prova *real original*.

Ora a prova real original não admite senão uma única forma possível: a apresentação da materialidade inconsciente da coisa, na própria materialidade das suas formas. E eis aqui outra espécie formal das provas, espécie formal única da afirmação de coisa, espécie que nos parece conveniente indicar com a designação de *prova material*, atendendo a que esta espécie de prova tem todo o seu fundamento em uma *materialidade* inconsciente directamente percebida. Esta prova material, como todas as provas, pode relativamente ao seu conteúdo, sob o ponto de vista do delito, ser directa, como por exemplo o cadáver da pessoa assas-sinada, ou indirecta, como, suponhamos, o objecto que o assassino deixou cair no lugar da acção criminosa.

Ora, como, pelo que dissemos, não existe outra prova real

que não seja a original, e como a prova real-original só pode ser apresentada por uma única forma específica, que é a da prova material, segue-se, portanto, que tudo o que dissemos noutra parte a propósito da prova que chamamos *real* sob o ponto de vista do sujeito de que deriva, pode exactamente referir-se à prova que agora chamamos *material*, e que é a mesma prova real considerada emquanto à forma sob que aparece.

Consequentemente, será prova material, qualquer materialidade, que, apresentando-se a percepção directa do juiz, lhe sirva de prova, sempre que esta materialidade, quando apresentada por uma pessoa, seja inconscientemente produzida como revelação do seu espírito, ou, mesmo quando, sendo produzida conscientemente no seu sentido revelador, não seja destinada a fazer fé da variedade dos factos com ela afirmados pela pessoa.

Falamos de inconsciência e de falta de destino a fazer fé, porque são êstes os dois extremos diferenciais que, quando a materialidade é produzida pela pessoa, distinguem completamente a *prova material*, concretização formal da afirmação de coisa, do *têstemunho* e do *documento*, concretizações formais da afirmação de pessoa. Com a verificação de um dêstes dois extremos sucede, como demonstramos ao falar da divisão subjectiva das provas, que a exterioridade do pensamento deve também considerar-se como *prova material*.

A *prova pessoal* não se compreende sem a *consciência* da manifestação; é nesta consciência que se baseia a natureza específica da afirmação de pessoa. E por isso tanto a acção humana que se considera como reveladora de um dado estado de espírito, como a palavra pronunciada e o escrito feito durante o estado de delírio, quando se queiram empregar como provas reveladoras do espírito interno, devem, pela inconsciência da revelação por parte de seu autor, considerar-se como provas *materiais*, a que o espírito do juiz atribui um valor probatório mais ou menos conclusivo.

Mas mesmo quando exista a consciência, a palavra e o escrito devem também considerar-se como provas *materiais* sempre que se não apresentem como uma simples comunicação de

coisas, ou revelação, se assim se quer dizer, feita pela pessoa; mas se apresentam ao contrário com uma forma de concretização da realidade. Nos crimes que consistem na palavra articulada ou escrita, esta já não se apresenta em juízo como uma afirmação pessoal, destinada a fazer fé da verdade dos factos atestados; e por isso não pode considerar-se, só por si, como uma prova pessoal, *têstemunhal* ou documental; mas deve considerar-se como uma prova material. A palavra injuriosa, a palavra ameaçadora, o escrito difamatório, o documento falsificado, a carta ameaçadora, a falsa queixa ou a falsa denúncia, quando se apresentam em juízo como objecto da acusação, não são senão provas materiais, por isso que representam a concretização material do crime, e não a simples afirmação pessoal de um dado facto destinada a fazer fé.

Eis a razão das duas condições negativas, da inconsciência e de não ser destinada a fazer fé, por nós admitidas, relativamente às materialidades produzidas pela pessoa, na definição da prova material, para determinar a sua compreensão. E estas duas condições devem por isso entrar afirmativa e cumulativamente em uma exacta definição do *têstemunho* e do documento, definindo o primeiro: afirmação consciente pessoal, oral ou reprodutível oralmente, destinada a fazer fé da verdade dos factos por ela afirmados; e definindo o segundo: afirmação consciente pessoal, escrita e irreprodutível oralmente, destinada a fazer fé da verdade dos factos por ela afirmados.

Mencionamos apenas as noções do que constitui a prova real, e do que constitui a prova pessoal, porquanto o desenvolvimento dessas noções se encontra na parte precedente dêste livro, respeitante à divisão subjectiva das provas.

O que temos dito parece-nos suficiente para esclarecer quais são as espécies primordiais de prova, que derivam da consideração do critério formal, e para determinar em geral as suas diferenças. Passaremos agora a tratar em particular de cada uma destas espécies, dividindo esta quinta Parte do livro em três Secções: na primeira falaremos da prova *têstemunhal*; na segunda, da prova *documental*; na terceira, finalmente, da prova *material*.

## SECÇÃO PRIMEIRA DA QUINTA PARTE

### Prova têtemunhal

#### CAPITULO I

##### Prova têtemunhal, sua credibilidade abstracta e suas espécies

A presunção da *veracidade* humana, inspirando fé na afirmação de uma pessoa, faz com que ela seja procurada e aceita como *prova pessoal*, do mesmo modo que a presunção da *veracidade* das coisas, inspirando fé na afirmação de uma coisa, faz com que ela seja procurada e aceita como *prova real*. Falando da presunção em geral, referimo-nos a ambas estas presunções particulares. Tornaremos a falar aqui da primeira, isto é, da presumida *veracidade* humana, reservando-nos para falar da segunda a propósito da *prova material*, isto é, da presumida *veracidade* das coisas.

O fundamento, portanto, da afirmação de pessoa em geral, e do têtemunho em especial, é a presunção de que os homens percebam e narrem a verdade, presunção fundada por sua vez na experiência geral da humanidade, experiência que mostra como em realidade, no maior número dos casos, o homem é verídico: verídico, por tendência natural da inteligência, que encontra na verdade, mais fácil que a mentira, a satisfação de uma necessidade ingénita; verídico, por tendência natural da vontade, a quem a verdade aparece como um bem, e a mentira como um mal; verídico finalmente, porque esta tendência natural da inteligência e da vontade, é fortificada no homem social não só pelo desprêzo

da sociedade pelo mentiroso, mas também pelas penas religiosas e pelas penas civis que se erguem ameaçadoras sobre a sua cabeça.

■ Esta presunção da veracidade dos homens acompanha-nos em tôdas as evoluções internas do pensamento, como em tôdas as exteriorizações da actividade. Esta ié nas afirmações alheias desponha inconscientemente na nossa alma, ainda crianças, antes que a experiência das coisas e dos homens a venha confirmar; e, com o crescer dos anos, esta fé, tornando-se raciocinada e cautelosa, é a fôrça da nossa virilidade e o tranquilo repouso da nossa velhice.

A criança que levanta o seu braço com o dedo êstendido apontando para os céus ignotos, e balbucia o grande nome de Deus; a criança que se ajoelha sobre o pequeno leito, e de mãos postas começa a implorar cheia de confiança o seu bom anjo; a criança crê em Deus e no seu bom anjo, porque nêles lhe falou a sua mãe. E quando, com os olhos e o espírito concentrados sobre o seu livrinho, soletra, dando um som às letras e às sílabas, julga que àquelas letras e àquelas sílabas devem por um consenso comum corresponder aquêles sons, porque o professor lho disse.

E mesmo avançando em idade e nos estudos, não é possível haver progressos intelectuais, quando se não adquira o impulso da fé nos outros. Quando se medita sobre as fôrças e sobre os fenómenos da natureza física, é necessário pois começar por ter fé na descrição das observações e das experiências alheias, antes de passar às experiências e observações próprias. Se se medita sobre as fôrças e sobre os fenómenos da natureza moral, estudando a humanidade na sua vida intelectual, social ou política, nas várias épocas e lugares, é necessário comtudo atender-se ao têtemunho dos outros, e ter ié nêle.

Tôda a vida do nosso pensamento nunca se separa completamente da fé na exposição do pensamento alheio: é acreditando nisto, e apoiando-se nisto, que o nosso pensamento vai mais longe e mais alto.

Mas a fé nas afirmações alheias assiste-nos, não só na vida

«spiritual, mas principalmente em tôdas as ocorrências da vida prática. A maior parte das acções humanas, desde a infância à velhice, não teem por guia senão a fé nas afirmações alheias. Relativamente ao primeiro período da existência, pode dizer-se que nêle tôda a vida não é mais do que um contínuo acreditar nos outros: do bem que não conhecemos e que procuramos alcançar, aos males que não conhecemos e procuramos evitar, sempre sob a fé da palavra alheia. E esta fé, que guia e regula as acções, não nos abandona com o crescer dos anos, mas tor-na-se antes cada vez mais cautelosa e racionada. São tão poucas as coisas e as pessoas que podemos conhecer por meio da nossa observação directa e pessoal, que a vida tornar-se-ia absolutamente impossível, se não prestássemos fé às observações alheias para regular as nossas acções, relativamente a tôdas as coisas e a tôdas as pessoas que não conhecemos directamente.

Sem a fé na veracidade alheia, nem mesmo a palavra, vínculo intelectual, moral e social das almas, teria já razão de ser: para que serviria a palavra, se não existisse a fé na coisa por ela significada? Suponhamos que uma alma já não tenha fé em coisa alguma; e ela não poderá senão ocultar-se estéril na prisão escura e taciturna da própria consciência. Suponhamos que um homem não tem fé alguma nos outros, e êle, vendo em todo o seu semelhante um inimigo, não saberá já como viver no consenso civil, e, tornando-se selvagem pela suspeita e pelo ódio, refugiar-se há na solidão de uma floresta.

Acreditar e ser acreditado, a troca confiante dos pensamentos, das notícias, das reflexões, a reunião, enfim, de tôdas as observações individuais dispersas, em um tesouro comum e imenso, de onde todos recebem, e para o qual todos contribuem: «is a fôrça latente, intelectual, que se chama civilização, e que faz subir incessantemente a sociedade humana a um nível mais alto: eis a fôrça latente, moral, que se chama solidariedade, e que associa a si como irmãos, na grande unidade da família humana, milhares de existências individuais, dispersas no espaço e ao tempo.

A presunção, portanto, de que os homens em geral perce-

bem e narram a verdade, presunção que serve de base a toda a vida social, é também base lógica da credibilidade genérica de toda a prova pessoal, e do testemunho em particular. Esta credibilidade genérica, portanto, que se funda na presunção da veracidade humana, é em concreto aumentada, reduzida ou destruída pelas condições particulares, inerentes ao sujeito individual do testemunho, ou ao seu conteúdo individual, ou à sua forma individual, como veremos dentro em pouco.

Já definimos o que é o testemunho de que tencionamos falar nesta Secção. Mas, existindo mais espécies de testemunhos de que se fala em crítica judiciária, julgamos conveniente determinar quais são as espécies de que nos devemos ocupar.

As testemunhas, de que se fala geralmente, podem reduzir-se a três espécies: testemunhas escolhidas *ante/actum*; testemunhas adventícias *in facto*; testemunhas escolhidas *post factum*.

As testemunhas escolhidas *ante factum* são as testemunhas que se escolhem para fazer fé de um contracto que deve ter lugar entre as partes, ou de um acto que se deve praticar; e quando são chamadas a pôr a sua assinatura sobre um dado escrito, é conveniente chamar-lhes testemunhas *instrumentárias*; e quando são chamadas a fazer fé de um contracto verbal ou de qualquer acto que se realiza sem escrito algum, julgo conveniente distingui-las com o nome de testemunhas *verbais*. Relativamente às testemunhas *instrumentárias*, formam elas parte integrante da fé do documento, e por isso não pertencem ao testemunho em sentido próprio, entrando assim na prova documental. Muitas vezes em juízo penal recorre-se a elas juntamente com os documentos. Assim, muitas vezes as testemunhas *instrumentárias* servem para provar a verdade de um acto praticado pelo juiz, ou por outrem em seu nome; como quando se trata de exames ou vistorias judiciais, para verificar o material de um delito, ou quando assistem à imposição ou ao levantamento de sêles nas coisas pertencentes ao delito. Mas as testemunhas *instrumentárias*, repito, entram na prova documental, e por isso não devemos occuparmo-nos delas aqui. Relativamente às testemunhas que chamamos *verbais*, essas dão lugar a verdadeiros e próprios

testemunhos de relações civis; mas conquanto se distingam por terem sido escolhidas anteriormente ao facto afim de o atestarem, elas contudo confundem-se, relativamente à avaliação dos seus depoimentos, com as testemunhas que chamamos adventícias *in Jacto*; não teem importância alguma especial que obrigue a falar delas em particular. Não teremos, portanto, de nos ocupar aqui em particular das testemunhas *ante jactam*, quer sejam instrumentárias, quer verbais.

Têstemunhas adventícias *in facto* são as procuradas eventualmente por aquela eventualidade que, teudo-as colocado em presença do facto, as coloca em condição de o poderem referir. Eis a primeira e grande categoria de têstemunhas, de que teremos de nos ocupar nesta Secção.

Têstemunhas escolhidas *post factum*, são as que nós vamos buscar, para comprovar certas condições particulares do facto, não perceptíveis à generalidade dos homens. Eis a segunda categoria das têstemunhas de que nos ocuparemos nesta Secção.

Mas a têstemunha *in facto* e a têstemunha *post factum*, não encontram a sua distinção substancial na presença eventual da têstemunha perante o facto, e em ter sido procurada a têstemunha em seguida ao facto. Não: a sua distinção substancial assenta na matéria da afirmação. O testemunho *in facto* tem por matéria as coisas que cabem sob os sentidos comuns, as coisas perceptíveis pela generalidade dos homens; não há direito para exigir mais de uma têstemunha *in facto*. O testemunho *post factum* tem por matéria, ao contrário, coisas não perceptíveis pelo comum dos homens, mas perceptíveis sòmente por quem tem uma perícia especial. Parece-me por isso dever indicar com o nome de testemunho *comum*, o primeiro, e com o nome de testemunho *pericial*, o segundo, preferindo sempre, nas denominações, empregar palavras que exprimam a natureza substancial das coisas denominadas. O testemunho *comum* divide-se por isso em três classes:

- testemunho de terceiro;
- testemunho do ofendido;
- testemunho do acusado.



Falaremos de cada uma destas classes do testemunho *comum*, antes de passar ao testemunho *pericial*. Uma última consideração. Quais são os sentidos, sôbre cuja percepção são chamadas a fazer fé as têtemunhas? Comquanto se possa ser têtemunha para qualquer espécie de sensação, com-tudo não se fala geralmente senão de têtemunhas de vista e de ouvir. Isto é devido à maior precisão e exactidão dêstes dois sentidos; mas isto não importa com tudo que, com um valor infe-rior, não haja testemunhos baseados noutros sentidos.

Ticio depois de ter visto Gaio beber, que por êsse motivo se supõe envenenado, chegou o mesmo copo aos beiços, cuspido imediatamente o pequeno golo de bebida que lhe caiu sôbre a língua, devido a um certo sabor áspero que o preveniu. Eis uma têtemunha de *gôsto*.

Ticio numa lata nocturna que ocasionou a morte de um homem, entrou no quarto completamente às escuras, que era o teatro da luta, e colocou as mãos sôbre o assassino: as suas mãos caíram sôbre a cabeça dêste., arrancando uma madeixa de cabelos, que lhe pareceram anelados e espêssos. O homem escapou-se e fugiu sem que Ticio o podesse ver. Eis em Ticio uma têtemunha de *tato*.

"Uma senhora foi encontrada morta no seu toucador. Pelo conjunto dos factos supõe-se que estivesse ocupada na sua *toilette*. Encontrou-se no chão, desrolhado, um pequeno frasco de almíscar: verosimilmente foi agredida enquanto se perfumava. Pois bem, Ticio diz, que naquela noite, conversando, horas depois da descoberta do crime, com Caio, seu companheiro de trabalho, notou com espanto que êste espalhara um forte cheiro a almíscar. Eis uma têtemunha de *olfacto*.

Êstes três sentidos, já o dissemos, não dão, devido à sua indeterminação, mais que testemunhos de ordem inferior. E comquanto possam, como os outros testemunhos, respeitar tanto ao delito como a coisa diversa dêle, e sejam por isso, nas duas hipóteses, devido à sua *natureza*, em rigor, testemunhos directos ou indirectos, comtudo, relativamente ao seu *valor*, êles equivalem sempre a testemunhos indirectos ou indiciários, se assim se lhes

quer chamar, por isso que pela indeterminação e incerteza destas sensações, o mesmo *elemento criminoso*, a que estas testemunhas se podessem referir *directamente*, nunca pode, pôr intermedio delas, apresentar-se claro, e é necessário *deduzi-lo* sempre por um esforço do trabalho de lógica, excluindo as várias possibilidades contrárias.

•

## CAPÍTULO II

### Carácter específico da prova testemunhal

#### Produção **oral da prova, tua natureza e «eu» limites**

O carácter fundamental do testemunho, aquele que o especifica como uma das formas particulares da afirmação de pessoa, diferenciando-o da outra forma particular chamada documento, o carácter fundamental, repito, do testemunho assenta no facto *de ser oral*; qualidade oral *efectiva*, em regra, ou mesmo simplesmente *potencial*, excepcionalmente: é esta a forma *essencial*, sem a qual a afirmação de pessoa não é testemunho.

A qualidade de ser oral da afirmação de pessoa, como regra probatória, não quer dizer que deva rejeitar-se do debate público todo o escrito; mas sim, que toda a afirmação pessoal que se apresente sob a forma escrita, deva reproduzir-se oralmente, sempre que seja capaz de tal reprodução.

A afirmação em forma escrita, que se não pode reproduzir oralmente por razões lógicas, materiais, ou legais, ó documento. A afirmação em forma escrita, reprodutível oralmente, é teste-

mun

ho; e deve em regra geral reproduzir-se em forma oral efectiva, pelo princípio supracitado da sua natureza oral.

Mas, para profundar bera as razões constitutivas do princípio da sua natureza oral, é conveniente atender àquilo em que pode consistir a afirmação escrita, que é reprodutível oralmente. Ora, esta pode ser de duas espécies, que convém considerar em particular.

O escrito do qual é possível a reprodução oral, pode, em primeiro lugar, consistir no trabalho escrito de um terceiro, ainda que seja\* um oficial público, que, tendo ouvido o depoimento oral da testemunha, o reduziu a escrito; escrito que se quer reproduzido em palavras articuladas, por parte da testemunha. originária, perante o juiz que deve proferir a sentença sobre a causa. Ora relativamente a esta espécie de escrito, não há quem não veja que o princípio da natureza oral tem o seu fundamento em um princípio mais largo, isto é, no princípio do exame directo das provas, exame directo em que, proporcionalmente à possibilidade, é necessário confiar sempre para evitar a influência externa do espírito do redactor do depoimento, sobre o do juiz que deve proferir sentença. Com o exame directo e oral da testemunha, o juiz que tem sob os olhos os vários elementos do julgamento, pode descobrir onde a testemunha foi deficiente por omissão ou por inexactidão, e reparar essa deficiência por meio de oportunas interrogações. Quando tenha, ao contrário, de julgar segundo testemunhos reduzidos a escrito por outrem, ainda que o tenham sido por um oficial público, existirá sempre a possibilidade de um auto incompletamente fiel, seja por ter desprezado qualquer parte do depoimento oral, seja por a ter subentendido.

Além disso o juiz do debate, confiando na redacção escrita dos testemunhos, priva-se daquela grande luz que surge do proceder pessoal da testemunha, e que ilumina a maior ou menor credibilidade das suas afirmações. Há sinais de veracidade ou de mentira na fisionomia, no som da voz, na serenidade ou no embaraço de quem depõe: é uma acumulação preciosa de provas indirectas, que se perde quando se julga sobre o escrito.

Finalmente, o facto de ser oral o testemunho nos debates públicos garante a sua legitimidade, afastando a suspeita de que êle possa derivar de sugestões violentas, fraudulentas, ou culposas, e serve para formar justamente o convencimento social, que, quando se conforma com o convencimento do magistrado que julga, constitue a sua força, o prestígio e a eficácia moralizadora.

Concluindo, o princípio da manifestação oral do testemunho,

portanto, enquanto lera a excluir os escritos que são a sua redacção por parte de terceiros, é, em geral, uma consequência do princípio mais largo do exame directo das provas, ou seja da regra probatória da originalidade, por nós já exposta em outra parte.

Mas outra espécie há de escritos, que o princípio da natureza oral quer também que se reproduzam oralmente, tanto quanto possível: é aquela espécie de escritos que são obra dos próprios indivíduos que fazem a afirmação. Supondo, em suma, a hipótese de que a testemunha escreveu ela própria o seu depoimento, o princípio da produção oral do depoimento repele do campo das provas também esta espécie de depoimento escrito, e quer que a testemunha se apresente a depor oralmente nos debates público. Porque é isto? Aqui não se trata de evitar a inoriginalidade. O escrito, aqui, supõe-se ter sido escrito pelo próprio depoente, e o conteúdo desse depoimento fica sempre o mesmo, original ou não original, de ciência própria ou de ouvir dizer, quer se produza por escrito quer oralmente.

Qual é pois a razão que aconselha a reprodução oral mesmo nestes casos? A razão está toda na inferioridade que, como prova, apresenta sempre o escrito em relação à palavra. É necessário não esquecer que, mesmo na hipótese de o escrito ser considerado como forma original, a sua originalidade é sempre menos perfeita que a da afirmação oral. No depoimento oral há a presença do sujeito moral e do sujeito físico da afirmação; no depoimento escrito não há senão a presença do sujeito moral. Na primeira, percebe-se a relação da afirmação, não só com o espírito de quem afirma, mas com a sua pessoa física: percebe-se, assim, também a génese material da afirmação. Na segunda, ao contrário, não se percebe senão a ligação ideológica entre a afirmação e quem afirma. Basta-nos aqui tê-la mencionado, porquanto a propósito da divisão subjectiva das provas já desenvolvemos estas diferenças.

O escrito, portanto, comquanto, seja também uma forma original da prova pessoal, é sempre uma forma menos perfeita que a oral.

Muitos dos inconvenientes analisados anteriormente a respeito dos escritos não originais, apresentam-se aqui também a propósito dos escritos originais, excepto sempre, como é natural, os inconvenientes que na primeira espécie de escritos derivam da interposta terceira pessoa de quem o escreve. Tanto para esta segunda espécie de escritos, que supomos terem sido escritos pela própria pessoa que faz a afirmação, como para a primeira espécie que consiste naquêles que supomos terem sido escritos por um terceiro; tanto para uma como para outra espécie, se o juiz descobre defeitos por inexactidão e por deficiência do testemunho, não pode repará-los por meio de oportunos interrogatórios. Para esta segunda espécie, como para a primeira, o juiz, confiando no testemunho escrito, priva-se de toda a aglomeração de provas indirectas que surge da forma como a testemunha oral se comporta, e serve para acreditar ou desacreditar a sua credibilidade.

Finalmente, a testemunha que, em lugar de vir depor oralmente no debate público, reduz a escrito o seu depoimento, tem todo o tempo e toda a calma para poder reflectir e poder, querendo mentir, dar coerência à sua mentira sem o perigo de ser perturbado e descoberto por um interrogatório perspicaz.

Não há pois dúvida que o escrito, comquanto seja também uma forma original, é sempre uma forma inferior à oral; e por isso pela regra probatória por nós estabelecida em outra parte, pela regra da *melhor prova*, deve sempre procurar-se, tanto quanta possível, reproduzir oralmente, isto é, na forma mais perfeita, a prova que se apresenta por escrito, isto é, por uma forma menos perfeita.

Concluindo, todo o fundamento racional do princípio da natureza oral da prova encontra-se nas duas regras probatórias concordes, a da originalidade e a da melhor prova, regras probatórias, das quais a primeira se inclui na segunda, e nela se contém, como todo o corolário se compreende na sua premissa. E esta a base do princípio de ser oral a prova: é conveniente passar agora ao estudo da sua extensão.

Já nos referimos ao conteúdo do princípio da sua natureza oral: segundo êle, deve reproduzir-se oralmente todo o escrito

susceptível de ser reproduzido oralmente, sendo mais eficaz, em geral, para o triunfo da verdade, basear o convencimento sôbre a prova oral, de preferência ao escrito. Se, portanto, a lógica judiciária ao admitir êste princípio, se inspira no interêsse de fazer com que o convencimento judicial surja, não da prova escrita, mas antes da prova oral, segue-se que de todo o escrito, de que pode obter-se e se quer a reprodução oral, se deve também proibir a leitura no debate público. Com efeito, se se admitisse no debate público a leitura do depoimento escrito, quando tem também de ser reproduzido, ao mesmo tempo, oralmente, reinando o livre convencimento, êle poderia sempre, por meio de impressões particulares, inspirar-se antes no escrito que no depoimento oral; e destruir-se-ia assim tôda a eficácia prática da reprodução oral. Do testemunho escrito, não pode portanto *em regra geral* admitir-se a leitura, sem ir de encontro à lógica judiciária.

Mas se a leitura do testemunho escrito se não deve admitir, êle só não deve admitir-se quando possa prejudicar o triunfo da verdade judiciária: eis aqui portanto a medida do preceito proibitivo. Segue-se daqui por isso, que, quando o conteúdo do depoimento faz sentir a necessidade de notas ou apontamentos, deve ficar sempre aberto o caminho para o seu uso, confiando-se a faculdade de o autorizar, a quem dirige os debates, para evitar que se abuse, recorrendo a notas por artifício ou por indolência, e não por uma necessidade natural, derivada da natureza do depoimento. E importa que esta necessidade se faça sentir especialmente para alguns crimes; como para os de peculato, de concussão, de quebra-fraudulenta, de falsidade, para que é necessário por vezes referir detalhes intrincados e minuciosos de algarismos, que nem sempre se podem reter na memória.

Igualmente, se, tendo já tido lugar o depoimento oral, se sentisse a necessidade, em serviço da verdade, de notar as variações e as transformações que êle introduz no depoimento já escrito, seria ilógico proibir sem mais nada a sua leitura. Compreende-se bem, portanto, que para que o princípio de ser oral a prova não seja arbitrariamente iludido pelas partes, é sempre quem dirige os debates que deve autorizar essa leitura, *sucessivamente* ao

depoimento oral cujas alterações se querem notar, para o triunfo] da verdade.

Proibir que se recorra a notas, nos casos em que há naturalmente necessidade delas para a exactidão do depoimento; proibir a leitura do depoimento escrito em seguida ao oral, quando se faz sentir logicamente a necessidade de confronto entre um e outro, para se notarem as variações supervenientes, seria desnaturar estranhamente a regra da sua natureza oral. Seria, nem mais nem menos, que renunciar à verdade substancial por amor de uma verdade formal, de convenção; seria nada menos que mudar o princípio da natureza oral da prova numa ficção jurídica, em uma divindade cega e surda, sobre cuja ara se imolariam os sagrados interesses da verdade e da justiça.

Eis, pois, mais bem determinado o conteúdo do princípio da natureza oral da prova. Ele importa não só dever-se reproduzir oralmente todo o depoimento escrito, que é susceptível dessa reprodução, mas também dever-se proibir a leitura de todo o depoimento escrito; entendendo esta publicação com algumas modificações aconselhadas pela razão, e que convém sejam, por consideração de lógica legislativa, predeterminadas na sua *espécie* pela lei, e 'autorizadas na sua *individualidade* por quem dirige os debates, afim de que o sofisticado interesse das partes não ameace continuamente demolir a produção oral da prova.

Mas além das restrições supracitadas, ao princípio da natureza oral da prova, isto é, as notas para auxiliar a memória e as leituras para confronto, restrições que não são precisamente uma verdadeira limitação da produção oral da prova, mas são ao contrário um complemento racional dela, por isso que colocam o depoimento oral em condições de prestar maiores serviços ao interesse da verdade e da justiça; além destas restrições supracitadas, dizia eu, há verdadeiras limitações ao princípio da produção oral da prova.

A arte judiciária, considerando a *natureza especial* de alguns depoimentos escritos, natureza especial para que não é nociva a leitura; e inspirando-se no interesse da economia do julgamento, pela qual essa leitura parece ser útil e recomendável; a arte

judicial, por tudo isto, designa alguns depoimentos escritos cuja leitura autoriza, quer se recorra ou não à *sucessiva* reprodução oral, segundo os casos e as necessidades.

Não ficaria completa esta nossa noção da natureza oral da prova, se nos não referíssemos também a estas limitações que a arte judiciária aconselha. Elas servir-nos hão para estudar rapidamente a sua natureza; e também para pôr de lado um certo critério de admissão da leitura que, a-pesar-de aceito pelas escolas, nos parece falso, substituindo-o por outro critério que nos parece ser o verdadeiro neste assunto. Começemos por indicar de uma forma geral êstes critérios.

Depois que a arte judicial determinou *quais* são os depoimentos escritos que podem ler-se, a escola e a jurisprudência teem procurado determinar também *quando é* que êles se podem ler. Veio assim a lume aquele critério que nos não parece exacto. Disse-se: os depoimentos cuja leitura devemos admitir, só deverão ser lidos quando consistam na exposição de elementos *genéricos*; não podem ler-se quando consistam ao contrário na exposição de elementos *específicos*. Porque isto? •

Na verdade não encontrei muita luz na exposição das razões justificativas desta regra, que separa o que nem sempre é separável, isto é, a prova genérica da prova específica, prova genérica e prova específica que não são muitas vezes senão uma só coisa. Pela aplicação desta regra a cada caso particular, veremos melhor como ela não é mais que uma regra arbitrária. Por agora, mencionaremos aqui em geral o critério lógico que lhe opomos. É o seguinte: os depoimentos escritos, cuja leitura se permite *em consideração da sua natureza especial*, só poderão ler-se *emquanto se mantenham dentro dos limites da sua natureza especial*. Passemos, rapidamente, à análise dos depoimentos escritos particulares, cuja leitura é permitida pela arte criminal, e veremos em particular como se deve entender e aplicar o nosso critério.



## 1. — QUEIXA OU DENÚNCIA

À queixa e a denúncia, por iaso que respeitam à exposição primitiva do crime cometido em prejuízo próprio ou alheio, constituem sempre o ponto de partida do julgamento criminal. É por isso que a arte criminal acha lógico admitir-se a leitura dêles nos debates públicos; afim de que se saiba qual o ponto de onde se parte na causa que se acha *sub judice*.

Por outro lado, os inconvenientes dos depoimentos escritos, por meio dêstes depoimentos particulares, reduzem-se a nada, atendendo a que a palavra do queixoso ou do denunciante nunca inspiram uma confiança ilimitada, tomando antes o aspecto de uma acusação que de uma prova.

Mas poderá acaso sob a forma e o título de queixa e de denúncia fazer-se com que se admita a leitura de tudo o que se quer? Serão elas uma espécie de bandeira protectora, apta para cobrir o contrabando de quaisquer depoimentos escritos? É natural, ó lógico que assim não seja, e que deva existir um critério para determinar quando o seu conteúdo possa legitimamente ser admitido à leitura, e quando não. E eis aqui um dos casos em que, na falta de melhor, se tem querido fazer valer como critério dirigente a distinção bizantina da prova em *específica* e *genérica*. Disse-se, que a queixa ou denúncia só podia ser lida quando não respeitasse à prova *específica*. Mas, bom Deus! há crimes em que não há que distinguir entre prova *genérica* e *específica*: como quereis que, quem se queixa por motivo de injúrias verbais, separe a pessoa que faz a injúria da mesma injúria? E, além disso, que razão há que autorize a ler a queixa indicativa da *generalidade*, e já não a indicativa do específico do crime? Ticio ó insultado, depois agredido, finalmente ferido por Caio; apresenta a sua queixa e narra tudo isto; parece-lhes lógico que se não deva ler a sua queixa, por isso que ó largamente indicativa do *específico* do crime? Não há razão no mundo que possa justificar uma tal determinação. Se o processo prosseguia contra Gaio, precisamente pela queixa que o indiciava segu-

ramente como autor do crime, porque não se poderá depois ler êste acto iniciativo do julgamento ?

De resto, como sucede sempre relativamente a todos os critérios falsos, êste critério da prova *específica* é indeterminadíssimo. Dissemos já que as queixas ou as denúncias, para serem lidas, não devem conter indicações específicas. Julgava-se que, procedendo por êste modo, se acabaria por excluir da leitura quasi tôdas as queixas ou denúncias, excluindo tôdas as que se referem a crimes com autor conhecido. Disse-se, ao contrário, que para serem lidas, as queixas ou denúncias, não deviam conter uma indicação *muito larga da parte específica* do crime. Como proceder, pois, para acabar a medida desta largueza que se transforma em excesso? Nada há de mais indeterminado: consequentemente oscilações, julgados arbitrários e contradições.

O único critério para resolver a questão, dissemo-lo anteriormente, parece ser êste: a queixa e a denúncia só poderão ser lidas enquanto se mantenhão dentro dos limites da sua natureza especial, pela qual são precisamente admitidas à leitura.

À queixa, como a denúncia,' é, direi assim, a exposição fundamental do crime a julgar; e enquanto elas não fazem senão expor o crime com as determinações, mesmo *específicas* que sejam, com que o queixoso ou o denunciante se apresentou, elas não excedem a sua natureza, e devem por isso ser lidas. Ticio conta na sua queixa como foi insultado, agredido ou ferido por Caio; as suas indicações serão específicas, mas não excedem o conteúdo natural da queixa: êle não faz mais do que expor o crime de que se queixa, com as determinações objectivas e subjectivas, que foram objecto immediato da sua observação.

Suponhamos, agora, ao contrário, que Ticio, queixando-se de um furto sofrido, vem em seguida acrescentar na sua queixa que ouviu a Semprônio, que o ladrão deve ter sido Caio, porque na noite do furto o encontrara fugindo com um fardo debaixo do braço. Eis que a queixa se desnatura, não se referindo ao crime enquanto é objecto immediato da observação do queixoso, mas transformando-se em uma redacção escrita de testemunho alheio, cuja leitura se não permite.

O nosso critério parece-nos, pelo menos, mais racional que o que rejeitamos. De resto, a extensão do caminho impele- e não podemos descer a maiores análises, para não nos perdemos demasiadamente fora do nosso campo.

## 2. — EXAME POR PERITOS

O exame por peritos, como veremos em lugar próprio, é o testemunho *de factos científicos, de factos técnicos, ou das suas relações*. Ora a matéria não fácil destes testemunhos, que respeita muitas vezes a detalhes complicados e impressões analíticas, que é necessário fixar imediatamente por escrito, quando se queiram depois reproduzir exactamente, faz com que o escrito seja o melhor ponto de partida para tais testemunhos, servindo melhor para garantir a exactidão e a verdade. Eis porque se admite a leitura do depoimento escrito dos peritos. O perigo da fragilidade da memória considera-se maior, em matéria de exame por peritos, que o perigo das afirmações artificiosas e preparadas que acompanha todos os depoimentos escritos: e isto também quanto à qualidade da testemunha perito, que não é um homem indicado ao acaso, mas sim um homem não comum, que se escolhe *post factum*.

A propósito de exame por peritos, julgando-se rectamente que também êle não deve ser sempre nem com qualquer conteúdo admitido à leitura, surge novamente o problema do critério dirigente segundo o qual deva ou não poder-se ler. E também a propósito disto se apresentou a distinção de prova específica e genérica, distinção que tem tanto valor racional relativamente à legibilidade do exame por peritos, quanto relativamente à legibilidade da queixa. Os peritos são chamados para darem conta, admitamos, do estado mental do arguido, coisa que não respeita a factos genéricos, mas, antes, a factos específicos; deverá por isso rejeitar-se a leitura do exame por peritos ? De modo algum! tanto neste, como em qualquer outro exame por peritos, existem as mesmas razões que levam a permitir a sua leitura: porque se deverá então proibi-la?

A propósito de exame por peritos, como também a propósito de qualquer outro depoimento cuja leitura se permite, eu volto ao meu critério que me parece ser o único lógico: o exame por peritos só poderá ler-se enquanto se mantenha dentro dos limites da sua natureza especial, daquela natureza especial, em virtude da qual se admite precisamente a sua leitura. O exame por peritos é, repitamo-lo, o testemunho dos factos científicos, dos factos técnicos, ou das suas relações conhecidas do perito; eis aqui a sua natureza especial. Suponhamos, agora, que o perito vem referir no seu escrito o que é objecto de percepções comuns. Quando, por exemplo, sendo chamado para dar o seu parecer sobre ura ferimento, vem dizer-nos ao contrário o aspecto que apresentava o quarto onde se encontrava o ferido, com que cara ficariam os espectadores, e o que diriam a seu respeito. Todos vêem que o exame por peritos, neste caso, se desnatura: já não teem o conteúdo próprio daquele acto especial que se chama exame pericial, e que se pode ler. Todos vêem que, neste caso, é lógico recusar a sua leitura.

### 3. — RELATÓRIOS, AUTOS, CERTIFICADOS

Deu-se um crime: um oficial público, que no exercício das suas funções teve conhecimento dêle, comunica-o por meio de um *relatório* ao Procurador Régio.

Seguiu-se uma visita ao domicilio, uma captura; verificou-se o estado em que se encontrava um homem assassinado: o oficial público redige o auto.

Pedem-se ao Síndico informações relativas à forma como, em vista da notoriedade, é moralmente reputado Tício; e o Síndico passa um *certificado*.

Eis aqui relatórios, autos, certificados, que são afirmações de pessoas em forma escrita, reproduzíveis oralmente; porquanto a estas reproduções, em geral, não se opõe impossibilidade lógica, nem impossibilidade material, nem, finalmente, não fazendo\*êles fê senão até prova em contrário, impossibilidade legal, coisas estas que veremos melhor a propósito dos documentos. São, por-

tanto, verdadeiros testemunhos escritos. Deverá proibir-se a leitura destes testemunhos escritos?

Os relatórios e os autos teem por fim a verificação de factos que interessam à justiça punitiva. Ora, de um lado, os oficiais que os redigem são muitas vezes obrigados a redigir mais de um sucessivamente, e isto faz com que as recordações precisas dos factos possam facilmente apagar-se da memória, e confundir-se entre si; por outro lado, a matéria das verificações é por rezes tão intrincada e complexa de detalhes, que torna cada vez mais difícil a sua reprodução oral.

E isto é tão verdadeiro que nas legislações positivas, atendendo precisamente a que a fê nos autos e nos relatórios é tanto maior, quanto a sua compilação está mais próxima dos factos verificados e das notícias colhidas, há disposições que mostram claramente como a sua compilação deve ter lugar o mais rapidamente possível, não esquecendo legislação alguma fixar pròpriamente um prazo taxativo, para além do qual se deve considerar como irregular a compilação do auto.

Por estas considerações, portanto, que mostram como a forma escrita garante melhor a exactidão do depoimento, a arte criminal julga conveniente admitir a leitura dos relatórios e dos autos.

E atendendo a algumas destas considerações admite também a leitura dos certificados. E digo a algumas destas considerações, porquanto para os certificados, que servem em matéria penal, quási já não há a complicação do conteúdo afirmado; êles versam quási sempre sôbre notícias simplíssimas. Subsiste contudo, e tem antes cada vez mais importância, a consideração da sua multiplicidade, que torna difícil a sua fiel lembrança. Tendo recebido uma dada notícia, e tendo-a inscrito no certificado, o oficial público muitas vezes já se não recorda. Além disso, a mesma simplicidade de conteúdo do certificado anula o perigo da facilidade de artificios e mentiras, perigo inerente à forma escrita das afirmações, que determina a proibir a sua leitura. Finalmente, os simples certificados teem, em geral, tão pouca importância em juízo, que fazem com que se não receie da sua leitura.

A arte criminal tem tido, por isso, boas razões para permitir a leitura das participações, dos autos e dos certificados.

E levanta-se aqui de novo a conhecida questão: deverão êstes depoimentos escritos ler-se sempre e qualquer que seja o seu conteúdo? Será verdade que se não deve admitir a sua leitura quando contenham indicações *específicas* ? Combatemos já suficientemente esta última opinião, e não julgamos ser necessário combatê-la novamente.

Os relatórios, os autos, os certificados devem poder sempre ler-se, emquanto se mantenham dentro dos limites da sua natureza especial, e na medida da competência do oficial que os redige.

Suponhamos que, em vez de notificar ou verificar simplesmente aquilo que foi chamado a notificar ou verificar, o oficial, que faz a participação ou redige os autos, insere aí tudo o que colheu de Tício relativamente à criminalidade de Caio. Suponhamos que, em vez de certificar simplesmente a boa ou má conduta, notória, de Tício, o Síndico começa a contar factos particulares de Tício, como sendo-lhe conhecidos por ciência própria, ou como lhe foram narrados por Caio. Em todos êstes casos existiria uma desnaturação dos actos; estar-se-ia portanto em face de depoimentos escritos que não é lícito ler.

Assim pois, se o Síndico redigisse um auto de visita domiciliária, se um juiz passasse um certificado de bom comportamento, aquele auto e êste certificado, pela incompetência dos oficiais que os redigiram, não tem já a sua natureza específica que autoriza a sua leitura; e por isso se se quer usar dêles, é necessário reproduzi-los oralmente como a generalidade dos depoimentos.

#### 4. — INTERROGATORIOS

Considerando que, quaisquer que sejam as respostas que o acusado venha a dar no seu exame oral no debate público, é sempre interessantíssimo saber, antes de mais nada, quais foram as respostas anteriores, quando não se achava tão bem preparado para a defesa como se acha no momento em que tem de se apresentar no julgamento público, a arte judiciária julga por isso conveniente autorizar a leitura prévia dos intêrrogatórios escritos.

A propósito, pois, de interrogatório, que deve ler-se, não se faz, nem é caso para a fazer, questão do seu conteúdo. Seja qual fôr o conteúdo do interrogatório, sempre que se refira directamente ao exame do arguido, deve ser sempre lido, mesmo quando respeite a uma afirmação alheia, que o arguido tenha julgado conveniente, referir na sua resposta. Tudo o que foi dito pelo arguido, tudo o que lhe foi perguntado, tudo o que tenha respondido, uma vez que se encontre no interrogatório escrito, tem sempre igual razão para ser admitido à leitura.

E basta relativamente aos depoimentos escritos especiais cuja leitura é permitida. E, esta, uma matéria mais de Arte que de Lógica Judiciária. E não nos teríamos detido aqui, se nos não tivesse parecido ser êste um dos casos em que os preceitos da lógica adquirem clareza e determinação, pela exposição e coordenação complementar daquêles preceitos da arte judiciária, que se dirigem ao modo prático de actuar dos primeiros.

E bom concluir chamando novamente a atenção do leitor para uma observação importante, relativa a todos os testemunhos» escritos que anteriormente aqui examinamos. A admissão da leitura de determinados depoimentos não dispensa completamente a sua reprodução oral, a não ser quando se não sinta necessidade dela. E esta necessidade da reprodução oral, de alguns dêstes actos, como o depoimento do arguido, faz-se sempre sentir; relativamente a outros, como os autos, as participações e os exames por peritos, quási sempre; para outros, como os certificados, raras vezes.

Mas, nunca será demais repetir, seja qual fôr a natureza específica do testemunho escrito, seja mesmo um simples certificado, quando surja a necessidade, ou mesmo unicamente a oportunidade de explicações e adicionamentos, seja qual fôr a parte de onde esta necessidade ou esta oportunidade se faça razoavelmente sentir, nunca deve omitir-se a sua reprodução oral, quando se não queira, calcando os princípios da lógica judiciária, violentar aquela verdade real, que é a fatigante, difícil, e, apesar disso, indispensável aspiração de todo o processo penal, entre os povos civilizados.

### CAPÍTULO III Credibilidade

#### concreta da prova têtemunhal

O homem, geralmente falando, percebe e narra a verdade: eis o fundamento da credibilidade abstracta da prova têtemunhal. Mas esta presunção de veracidade pode ser destruída ou enfraquecida por condições particulares, que se achem, em concreto, inerentes ao sujeito, à forma ou ao conteúdo de um tes-

temunho particular: para avaliar a sua fôrça probatória, em concreto, é necessário por isso atender às supracitadas condições particulares.

Falando de apreciação dos testemunhos, não entendemos que seja possível determinar matematica e definidamente o seu valor. Teem sido bem vãs, e assim devem ser, as tentativas feitas para reduzir a um calculo numérico a fôrça probatória dos testemu-  
nhos.

Bentham julgou ter alcançado êste fim, propondo, em primeiro lugar, como critério para essa medida, um testemunho de fôrça *média*. Êste testemunho de fôrça média, seria o derivado de um homem da classe média dos cidadãos, de inteligência ordinária, de uma probidade imaculada, que referisse por uma forma, conveniente o que tivesse observado. Êste testemunho funcionando como ponto fixo de confronto, serviria assim, segundo êle, para determinar o valor de cada um dos testemunhos: poder-se hiam determinar os graus iguais, maiores ou menores, de credibilidade de todo o testemunho relativamente ao testemunho médio, considerando a paridade, o maior ou menor número dos requisitos que o acompanham. Mas não atendia o grande pensador a que nem todo o aumento de um certo requisito produz um aumento de fé proporcional no testemunho; assim, há testemunhos cujo conteúdo, simples e material, não exige uma grande elevação intelectual, e para que a afirmação de um grande filósofo pode valer tanto, ou mesmo menos, que a de um pobre artífice. Tendo assim o mesmo requisito diverso valor, segundo o diverso testemunho concreto, não é possível, do seu aumento,



deduzir-se um aumento constantemente proporcional do valor do testemunho. Como, pois, fazer para fixar o valor de um testemunho que tenha um requisito a mais ou menos, que a *média*? Tem todos os requisitos o mesmo valor relativo? Ao contrário: todos sabem que por vezes um motivo para crêr tem mais força que alguns motivos contrários. Que fazer, finalmente, para fixar a medida do mais ou do menos de cada requisito que se afirma como existente em um dado testemunho? O critério do teste-

mun

ho médio é portanto um critério arbitrário que conduzirá a milhares de problemas insolúveis e a milhares de êrros.

Mas o pensador inglês não ficou por aqui; procurou também inventar um instrumento apto para medir a persuasão dos testemunhos sobre os factos afirmados, para poder dar valor exacto e materialmente à força probatória de cada testemunho. Êste *testimoniómetro* consistiria em um decímetro com uma escala dupla, escala de persuasão positiva e escala de persuasão negativa, com o zero representando a ausência de toda a persuasão, pré ou contra. A testemunha deveria precisar a sua persuasão, marcando o grau dela, dizendo, por exemplo, que a sua persuasão é de dez graus, que é o máximo, ou de um que é o mínimo, do lado positivo; ou então que é de dez graus, que é o máximo, ou de um, que é o mínimo, do lado negativo. Êste mesmo instrumento serviria também ao juiz para precisar nitidamente com quantos graus de persuasão proferiu a sua sentença. Trata-se, em suma, de uma espécie de barómetro moral, para marcar as pressões provenientes dos factos sobre a persuasão das testemunhas, e a que vem das provas em geral sobre a consciência dos juizes. Na verdade, não é sério. Em primeiro lugar, a testemunha deve depor sobre factos que percebeu *com certeza*, e não *com probabilidade*. Ora, a certeza, conforme demonstramos em outra parte, não admite graus: tem-se ou não se tem certeza: não pode haver fracções de certeza, nem fracções de prova. Mas admitamos, contudo, que a testemunha vem afirmar percepções *prováveis*, o que pode ter lugar também em alguns casos; pois bem, a' própria probabilidade, já o demonstramos em lugar próprio, nem mesmo se pode graduar por uma forma tão mate-

màticamente determinada, que possam marcar-se numèricamente os seus graus. À graduação não é mais que uma medida, e a medida não é senão uma *quantidade material* conhecida, que serve para tornar conhecidas *quantidades materiais* desconhecidas. Emquanto se está no campo da matéria, a sua medida é homogênea; mas os movimentos do pensamento e da consciência, sendo actos psíquicos, e não quantidades materiais, não são susceptíveis de medição. Espiritualidade e medida são conceitos opostos e heterogêneos. Isto, emquanto à medida da persuasão em si mesma.

Mas poder-se há observar que a persuasão a respeito de um facto, tem um duplo modo de ser: é uma idealidade como estado da consciência; é uma realidade exterior, como motivo material que a gera. E, portanto, se a persuasão não é susceptível de graduação em si, como estado de alma, ela é graduável como facto exterior que afirma. Mas reflectindo um pouco, ver-se há também a inanidade desta aspiração, que só teria como conclusão, esta belecer o reinado das fracções de prova. Os factos exteriores teem uma possibilidade de concretização indefinidamente múltiplice: é impossível enumerar *à priori* tôdas as contingências indefinidas que podem acompanhar o facto probatório. Ora, nenhuma destas contingências pode fazer variar o valor do facto probatório, tanto por si mesma, como pelas inúmeras relações que pode ter com outras contingências e outros factos probatórios. À graduação, portanto, da persuasão, mesmo de simples probabilidade, não pode determinar-se com têrmos fixos, por isso que o número dos motivos, mesmo considerados como factos materiais externos, qne em abstracto podem ser tomados em conta, é indefinido. E emquanto aos motivos que em concreto são tomados em conta, existe sem pre em primeiro lugar na sua quantidade alguma coisa de inde terminado que foge à avaliação numérica; e, além disso, não é só o seu número, como dissemos em outro lugar, não é só o seu número que determina o grau da persuasão, mas especialmente a sua *importância*, valor lógico que se não pode determinar numèricamente.

Concluindo, ao estudarmos as regras que devem guiar-nos à

avaliação concreta dos testemunhos, não nos cingiremos a expor uma tabela de quantidades matemáticas. Procuraremos simplesmente indicar os principais critérios dirigentes que devem presidir a uma tal avaliação.

Procedendo analiticamente, examinaremos, em títulos sucessivos, a credibilidade do testemunho concreto, em relação ao seu *sujeito*, em relação à sua *forma*, e em relação ao seu *conteúdo*, indicando os motivos de descrédito que se apresentam sob este triplice ponto de vista. Concluiremos este capítulo com um último título, em que examinaremos a força probatória que uma testemunha sem motivo algum de descrédito, pode ter relativamente ao delito que se procura verificar.

Os critérios de avaliação, que veremos que se aplicam tanto relativamente ao *sujeito* como relativamente ao *conteúdo* do testemunho, terão valor para toda a afirmação de pessoas; mesmo relativamente à afirmação que não seja de natureza tal que constitua um testemunho propriamente dito, isto é, para a afirmação escrita e irreproduzível oralmente, para o documento, em suma. A afirmação de pessoa, que se afirme na forma específica do testemunho ou do documento, terá sempre as mesmas regras, tanto quanto ao *sujeito* da afirmação, que é sempre, do mesmo modo, a pessoa, como quanto ao *conteúdo* da afirmação, que é sempre, do mesmo modo, o que a pessoa afirma. Haverá, ao contrário, regras especiais para avaliar o testemunho e o documento emquanto ao que é propriamente *forma*, pois que é precisamente na forma que assenta a diferença específica entre uma e o outro.

## TÍTULO I

### **Avaliação do testemunho relativamente ao sujeito**

Para que o homem, como pretende a presunção geral da veracidade humana, narre a verdade que percebeu, é necessário que não se tenha enganado percebendo, e que não queira enganar referindo. Bis aqui as duas condições que devem ser ine-

rentes ao sujeito do testemunho, sem as quais êle não pode inspirar fê alguma. Para que a testemunha tenha direito a ser acreditada, é necessário portanto: 1.º que não se engane; 2.º que não queira enganar.

A testemunha que por condições intellectuais, ou sensórias, é fatalmente arrastada a não perceber ou à falsa percepção, é uma testemunha *não idónea* por deficiente percepção da verdade.

A testemunha que por condições morais é quasi fatalmente levada a enganar, é uma testemunha não idónea, por deficiente vontade de dizer a verdade.

Consequentemente, tanto as testemunhas que com certeza ou quasi com certeza não sabem perceber a verdade, como as que com certeza ou quasi com certeza não a querem dizer, são testemunhas *não idóneas*.

São testemunhas *idóneas*, portanto, as que se supõe saberem dizer a verdade, e quererem dizê-la. Mas entre as testemunhas idóneas, algumas há que apresentam na sua qualidade pessoal uma razão para se suspeitar da sua veracidade, e por isso são denominadas testemunhas *suspeitas*: as outras que não apresentam razão alguma determinada de descrédito pessoal, são testemunhas *não suspeitas*.

Principiemos por mencionar os casos de *falta de idoneidade*, para passar em seguida aos casos de *suspeição*.

A primeira categoria de *não idóneas*, já o dissemos, ó determinada pela capacidade intellectual ou sensória.

Os mentecaptos, no sentido generalíssimo de privação da mente, tanto permanente como transitória, proveniente de alguma causa, são testemunhas não idóneas, quer a privação da mente se refira ao tempo da percepção dos factos sobre que são chamadas a depor, quer se refira ao tempo em que teve lugar o depoimento. Não é possível haver percepção sem o concurso da intelligência; e por isso é esta uma causa de falta de idoneidade *absoluta*, para qualquer matéria, e em qualquer causa.

Por análoga razão, e do mesmo modo, é não idónea o *infante*, entendendo esta palavra no seu rigor etimológico, no sentido de *que não fala com senso*. Mas o que será a verdadeira

infância? É conveniente dizer uma palavra a êste respeito; porque a idade pode ser causa de simples *suspeita*, o que é bem diverso da falta de idoneidade; e é necessário não confundir uma com outra, como freqüentemente costuma fazer-se. A infância como causa da não idoneidade, poderá fixar-se na idade menor de sete anos. Mas, a êste respeito, é necessário observar que um limite fixo e fatal não é o que possa obter-se de melhor. À parte as precocidades maravilhosas, como a de Heineken Cristiano Enrico <sup>1</sup>, é fora de dúvida que de criança para criança há infinitas diferenças de desenvolvimento intelectual: há muitas crianças precoces, como também há muitas de tardio desenvolvimento. Ora, seria prejudicial para a justiça privar-se, por motivo de idade, de uma testemunha que talvez seja a única possível, e que possa ser apta para produzir uma legítima certeza; como, por outro lado, seria também prejudicial, como fonte de erros, admitir-se a depor, como testemunha idónea, quem de facto não possui essa idoneidade. Portanto, no interêsse da justiça, em vez de fixar um limite baixo de idade, como, admitamos, o de sete anos, abaixo do qual seriam consideradas incapazes, e excluídas de depor; eu julgo antes melhor fixar um limite mais alto, como,

<sup>1</sup> Criança admirável pelas suas precoces e extraordinárias faculdades, nascida em Lubeck em 1721. Diz-se que com a idade de um ano sabia de memória os principais factos do Pentateuco, aos treze meses conhecia a história do Antigo Testamento, aos dois anos e meio respondia sobre história e geografia. A língua latina e a francesa eram-lhe familiares aos três anos; aos quatro anos foi apresentado perante a Côrte e o Bei da Dinamarca, a quem pronunciou uma alocução. Sustentava-se apenas com o leite de sua ama; procurou-se desmamentá-lo, mas morreu pouco tempo depois, a 27 de Junho de 1725, com a idade de cinco anos; e, resignado como um sábio dos tempos antigos, exortava a sua família a não se queixar.

Podem consultar-se a respeito dêste fenómeno os jornais daquele tempo: *Memoires de Trévoux* (Janeiro 1781), e a *Vita* escrita por SCHONEICH seu preceptor; uma *Dissertação* de MARTINI, publicada em Lubeck no ano 1730, e finalmente o tómo xvii da *Biblioteca Germânica*.

Veja-se na *Enciclopédia Popolare Italiana*: Heineken Cristiano Enrico.

admitamos, o de doze anos, obrigando o juiz, no caso de as partes requererem para que seja ouvido um indivíduo de idade inferior a submetê-lo a um exame preliminar para julgar da sua capacidade, colhendo ao mesmo tempo informações de seus pais ou do tutor. Em vista dêste exame preliminar, realizado também em audiência pública, o juiz ou declara, nos casos em que a idade o justifique, não idónea a testemunha, excluindo-a de depor, ou então admite-a a depor, declarando-a idónea, ainda que suspeita por motivos de idade. Se o juiz tivesse de dar o seu parecer sobre a capacidade do menor no momento e na ocasião do depoimento na causa, dar-se-iam diversos inconvenientes. Em primeiro lugar, observando a testemunha de fugida durante o depoimento, seria impossível pronunciar-se por meio de um juízo ponderado relativamente à sua capacidade; e depois, não convém que êste juízo seja proferido interrogando a testemunha sobre a matéria do depoimento, porquanto no caso de êle ser declarado não idóneo, poderia no entanto alguma das suas afirmações exercer uma certa influência sobre o ânimo do juiz e do público; o que não seria bom.

Sempre, sob o ponto de vista geral da deficiente *percepção da verdade*, e em particular sob o ponto de vista da incapacidade sensória, são não idóneos, relativamente, os indivíduos privados de um sentido: assim, o surdo, relativamente à audição das coisas; o cego, relativamente à visão das coisas; quem é atacado do daltonismo, em relação às cores que não percebe; e assim por diante.

Apresentemos, agora, uma observação de carácter geral, relativamente aos não idóneos por deficiente percepção da verdade. Os verdadeiramente não idóneos, aqueles cuja deficiência de capacidade, quer intelectual quer sensória, se acha verificada, devem excluir-se de depor. O seu depoimento não pode ser senão uma fonte de êrros para a justiça: o depoimento de quem ignora a verdade, ou é inútil, ou é prejudicial: para que, portanto, admiti-lo? É um dever lógico e jurídico recusá-lo, para não se ir de encontro a graves e certos riscos de êrro. Compreende-se, pois, que não deve alargar-se a capricho o número dos não idó-

neos, privando, assim, a justiça de meios oportunos para o conhecimento da verdade. Por vezes entre os não idóneos são muitas vezes incluídas pelos tratadistas as testemunhas simplesmente suspeitas; ora, se se não devessem ouvir as testemunhas devido a uma simples suspeita, todos vêem que a justiça humana não teria muitas vezes meio algum para chegar à descoberta da verdade. S&5 devem excluir-se de depor as verdadeiramente testemunhas inidóneas.

Passemos agora a tratar da segunda categoria das não idóneas; das que o são por deficiente vontade de dizer a verdade.

São não idóneas, por deficiente vontade de dizer a verdade, tôdas aquelas que por *um dever moral* são impelidas a escondê-la. Consideremos como causa de falta de idoneidade simplesmente o impulso para mentir, consistente em um *dever moral*, pois que qualquer outro impulso, não só não pode ter igual força, mas também, seja qual fôr a sua força, pode sempre contrapor--se-lhe a coacção da lei, obrigando a depor sob a constante ameaça das penas destinadas a punir o falso testemunho. A solidariedade social incute em todo o cidadão o dever de concorrer com os seus actos, tanto quanto fôr necessário, para a conservação da tranquilidade pública, daquela tranquilidade pública que é perturbada pelo delito e deve ser restabelecida pela pena. A apresentação, por isso, para depor, sob o convite da justiça, em matéria criminal, é um dever cívico, exigível. Daqui o direito do Estado, de obrigar a depor. Mas êste direito deve suspender-se quando se encontre em face de um dever moral que aconselhe a calar: o Estado não deve obrigar à imoralidade: *civilis ratio naturalia jura corrumpere non potest*. A testemunha que é obrigada a calar-se por um dever moral, é uma testemunha não idónea, que se não pode obrigar. Ora, há duas classes de testemunhas não idóneas destas espécies: testemunhas não idóneas *por parentesco* com o acusado, testemunhas não idóneas *por segredo confidencial*. Examinemos estas duas classes.

Os parentes do acusado, dentro de uma certa proximidade de grau que compete à lei positiva determinar, devido aos fortes

vínculos com que se sentem ligados a êle, são poderosamente impelidos a desculpá-lo. A sociedade não pode, nem deve, infringir essa solidariedade de interesse e de honra, que liga como que em um feixe os vários membros de uma família, associando-os na dor e na alegria, na honra e na ignomínia. O parente, por caridade para com o seu parente, seria arrastado à mentira, quando a verdade fôsse contrária a êste último. O depoimento contra o próprio parente que se acha sob o grave peso de uma acusação, não tem portanto ordinariamente lugar, por isso que repugna à consciência; mas mesmo quando tivesse lugar, pela sua própria falta de naturalidade, em lugar de fazer supôr um culto da verdade, levaria até ao ponto de sufocar os afectos naturais, faria supôr uma animosidade, que pode ter conduzido à mentira em sentido contrário. Por outro lado, o depoimento do parente que tivesse lugar em favor do acusado não teria valor, quando se supozesse ter sido ditado pelo amor da família. Eia aqui as razões da falta de idoneidade do parente para depor, falta de idoneidade que é *absoluta* emquanto à matéria, e *relativa* emquanto à causa: não se pode por modo algum depor na causa do próprio parente.

Mas, em complemento, é necessário observar também que a vontade contrária à verdade como causa de exclusão, geralmente, nas legislações, considera-se como não existente, quando se trata de um crime cometido por um parente sobre outro parente, ou sobre a própria pessoa do interrogado; por isso que a solidariedade com o ofensor, que conduziria à sua defesa, supõe-se paralisada pela solidariedade, ou pela identidade, com o ofendido, que leva ao castigo.

Até aqui temos tratado dos motivos *lógicos* da falta de idoneidade do parente; mas a sua exclusão de depor como testemunha é determinada por uma razão complexa. Além dos motivos *lógicos* por nós acima citados, há a razão *política* que aconselha a mesma exclusão. É necessário não esquecer que o júri penal tem por fim restabelecer a tranquilidade social. Ora, o espectáculo de um indivíduo que arrastasse para debaixo da espada da justiça o próprio pai, perturbaria a consciência social:



ela encontrar-se-ia violada no seu ideal da solidariedade familiar. E a lei deve evitar êstes efeitos contrários aos fins da pena. Quando mesmo a razão lógica, anteriormente mencionada por nós, não se julgue suficiente senão para legitimar a simples *suspeita*, a razão política legitimará sempre, incontestavelmente, a exclusão de um tal testemunho.

Passemos às têtemunhas não idóneas por *segrêdo confidencial*.

Os indivíduos que teem conhecimento de certos factos por *confidências* inerentes ao seu estado, à sua profissão, ao seu officio, não podem revelá-los sem faltar a um dever moral. O padre chamado a revelar as confidências confessionais do seu penitente, o advogado chamado a revelar as confidências profissionais do seu cliente, o embaixador chamado a revelar os segrêdos de gabinete que lhe foram confidencialmente confiados, encontram-se em face de um dever moral que os aconselha a ficarem calados. E, se a lei, obrigando a depor sôbre estas matérias, levasse alguém a cumprir o dever *legal* contra o dever *moral*, êste calcar do dever moral, em vez de ser favorável à sociedade, não faria senão prejudicá-la devido à natural perturbação que daí resultaria para a consciência social: todos sentiriam que todos os seus segrêdos, mesmo os confiados a alguém por necessidade, estão sempre expostos a qualquer intêrrogatório judicial. Também aqui, por tanto, a razão *política* se associa eficazmente à razão *lógica*, para excluir aquêles que, por causas inerentes ao estado, à profissão, ou ao officio, tenham sido admitidos a uma confidência, a depor *sôbre a matéria dessa confidência*. Trata-se de uma falta de idoneidade *relativa* emquanto à matéria, e absoluta emquanto às causas; não se pode depor sôbre o conteúdo da confidência, qual quer que seja a causa para que se tenha sido intimado a comparecer, \*

É assim, e com estas determinações, que se deve entender o segrêdo confidencial de profissão. Êle só tem direito a ser respeitado relativamente ao facto confiado, relativamente à matéria da confidência; e não se pode, por meio de uma estranha e ilógica inversão, divulgando o *facto confiado*, invocar ao contrário

o respeito do segredo pelo *nome do confidente*<sup>1</sup>. O dever moral de se calar é relativo à matéria da confidência; e do momento em que se julga estar calado sobre o facto confiado, não se tem o direito de não dizer o nome do confidente. O confessor, por exemplo, poderá recusar-se a depor sobre um dado facto, porque teve conhecimento dele por meio de confidência inerente ao seu estado, e tem direito para isso; mas não poderá afirmar, admitamos, uma acusação a cargo de Tício, como tendo conhecimento dela por um seu cúmplice na confissão, entrincheirando-se depois atrás do segredo da confissão emquanto ao nome do cúmplice, que se lhe foi confessar. Se fôsse permitido testemunhar sobre as confidências, ocultando o nome do confidente, isso seria o triunfo das acusações anónimas. A calúnia encontraria um meio facilimo para ferir com infâmias, sem perigo algum. Como convencê-la de falsidade ? O segredo que envolve a pessoa do confidente conver-ter-se-ia em uma couraça de impunidade para o caluniador, quer o caluniador fôsse a própria testemunha, que inventou uma confidência que nunca tivesse existido, quer o caluniador fôsse um confidente malvado, isto é, um terceiro, que, artificialmente, se tivesse apresentado ao confessor, ou ao advogado, fingindo-se, em um delito qualquer, cúmplice de um seu inimigo, com o fim de o perder. E basta a este respeito.

Concluindo, são testemunhas não idóneas por incapacidade moral, tanto os próximos *parentes* do acusado, como os que teem conhecimento dos factos por *segredo confidencial*: tanto uns como os outros são dispensados de depor em razão e na proporção da sua falta de idoneidade.

Mas nós temos considerado até aqui como não idóneos por deficiente vontade de dizer a verdade, os que por um *dever moral* são impelidos a escondê-la. Ora, dêste conceito sômos

<sup>1</sup> A palavra confidente, substantivamente, é empregada mais frequentemente para significar a pessoa a quem se confiam os próprios segredos, e mais raramente para significar a que os confia. Eu emprego-a aqui no segundo sentido, em harmonia com a razão etimológica.

levados, por um fio de lógica, a algumas deduções, que julgamos útil expor.

Se a razão desta falta de idoneidade assenta em que o impulso para mentir provém de um dever moral; quando este dever moral que aconselha a calar deixa de existir, deve cessar também a não idoneidade e a consequente dispensa da testemunha.

Analisemos os casos.

Repugna à consciência do parente depor contra o parente: é um sentimento natural que deve ser respeitado, e por isso o parente é excluído de depor, afim de o não colocar em luta entre o sentimento natural que o impele a desculpar, e a verdade, que, eventualmente, pode impeli-lo a acusar. Mas se o acusado confia em que lhe seria útil, por um conhecimento especial dos factos, o testemunho de um seu parente; e se o afectuoso parente, concordasse que o seu depoimento detalhado, incontestável, eficaz, seria útil ao acusado; então porque deveria recusar-se um tal depoimento? Dir-se hia talvez que a palavra do parente a favor do acusado não pode ter grande valor, visto se supôr inspirada no amor de família. E ainda que o seja: será ela uma causa de suspeita, que será devidamente levada em conta; mas nunca poderá ser uma causa de exclusão; nunca poderá haver o direito de expulsar da sala de justiça uma testemunha importante, que, não obstante as suspeitas, poderá por condições intrínsecas de credibilidade do seu depoimento, inspirar fé plena, e fazer brilhar a verdade. O parente era logicamente excluído de depor, para não ser colocado na terrível posição de uma luta entre o dever moral e o dever legal; o parente era logicamente excluído de depor para não se dar à sociedade o espectáculo eventual de um homem, que cai sob a espada da justiça, impedido pela mão de um seu parente. Mas quando este parente vem dizer-vos: não há luta no meu espírito; o meu dever moral está de harmonia com o dever legal; a verdade está em favor do meu parente, e eu sinto a necessidade e o dever de a proclamar; quando o acusado vem dizer-vos: estou certo de que o depoimento do meu parente só me pode ser útil, a verdade está em meu

favor, e êle não me tem ódio, que o possa arrastar à mentira; perante tudo isto, continuar a excluir o testemunho, seria violentar a lógica e a justiça. Eu julgo, portanto, que, sob o duplo pedido *espontâneo* do parente e do acusado, a testemunha, não obstante o parentesco, deve admitir-se a depor. Se exijo a dupla convergência das duas vontades, a do acusado e a do parente, é porque os factos podem apresentar-se diversamente nas duas consciências. Se bastasse a vontade do acusado, êste, do seu lado, poderia contar com o amor de família, para crêr que a testemunha trairia a verdade, em seu favor; e a pobre testemunha encontrar-se hia, assim, obrigada a sofrer aquela mesma luta, que se quis evitar, entre o dever moral e o dever legal. Se bastasse a vontade da testemunha, esta, por sua vez, poderia, mesmo de boa fé, revelar circunstâncias que lhe parecessem favoráveis ao acusado, e que êste pelo seu pleno conhecimento dos factos, julgasse serem-lhe contrários; ou, o que é peor, a testemunha tendo ódio ao seu parente, poderia por meio de um depoimento artificioso ser-lhe nociva, fingindo procurar favorecê-lo: ter-se hia em todo o caso aquele mesmo espectáculo, que se queria evitar, de uma testemunha que, na sala pública da justiça, com a sua palavra agrava a sorte do réu, seu íntimo parente.

Não foi, pois, casualmente que falei de *espontaneidade* de pedido do acusado e da testemunha, porquanto, se se concedesse ao juiz, ao acusador, ao ofendido, provocar o consentimento dêles, então o respeito pelo dever moral do silêncio seria uma amarga ironia. Então, a recusa eventual de consentimento por parte do acusado seria imediatamente acolhida e proclamada como uma confissão implícita; então, a eventual recusa de consentimento por parte da testemunha fazer-se-ia soar como a confirmação da acusação aos ouvidos do réu; então, em suma, seria violentamente calcado na sua substância aquele direito ao silêncio, que se simularia respeitar por meio de torpes hipocrisias de forma.

Passemos agora aos casos de segredo confidencial de profissão.

O confessor, o advogado, o embaixador que teem obrigação moral de guardar silêncio sôbre os factos, que lhes são confiado»

devido à sua qualidade, sé teem tal obrigação enquanto o seu estado, a sua profissão e o seu officio actuarem, como promessas implícitas e antecipadas de sêgrêdo, sôbre o espírito do confidente, induzindo-o a falar, na legítima fé de que o sêgrêdo não seria violado. Vê-se daqui que o dever do silêncio sé subsiste na hipótese de o confidente querer que se mantenha o sêgrêdo da sua confidência. Mas tôda a hipótese deve desaparecer em face da realidade. Quando o cliente diz ao seu advogado ou ao seu médico: autorizo-o a publicar as minhas confidências; quando o penitente diz ao confessor: quebre o sêgrêdo confessional; então, o dever moral de conservar o silêncio já não subsiste e afirma-se por isso, incontestavelmente, em tôda a sua fôrça, o dever civil de prestar depoimento.

E por isso meu parecer, que no caso de o confidente ser o acusado ou um seu parente, sob pedido espontâneo do primeiro ou do segundo (incluindo naturalmente, como o mais inclui o menos, o consenso da publicidade), o médico, o advogado ou o confessor não sé poderiam, mas deveriam vir depor sôbre a matéria da confidência. E também aqui requieiro *a espontaneidade* do pedido por parte do acusado e de seu parente, para que da sua recusa de consentimento se não faça um argumento contra o primeiro. Não se oponha, pois, a possibilidade de uma artificiosa confidência por parte do argüido a fim de preparar um testemunho útil em devido tempo, pois que esta consideração não pode justificar a exclusão, mas sômente a *suspeita*, que, admitamos, deve ser levada em conta pelo juiz na avaliação do testemunho.

Parece-me que quando o confidente seja um terceiro, sob o livre consenso dêsse terceiro (que, nêste caso, poderia sem graves inconvenientes ser também provocado por uma pergunta do juiz ou das partes na causa), o médico, o advogado ou o confessor não sé poderiam, mas deveriam depor sôbre a matéria da confidência feita.

Desde o momento em que existe o consentimento do confidente para a publicidade, o dever do silêncio já não existe, e o poder civil não se encontrando já em frente de dever algum

moral a respeitar, deve ter o direito de obrigar, quando o julgue útil, ao cumprimento legal do dever civil de prestar testemunho. O confessor, o médico, o embaixador não terão, então, direito algum para se recusarem a depor, e poderão ser a isso obrigados por todos os meios e sob tôdas as penalidades que a lei impõe contra qualquer ontra têtemunha. Extinto o dever moral de guardar silêncio, deve aôrmar-se em tôda a sua fôrça o dever civil de falar.

E agora basta sôbre as condições pessoais que conduzem à *não idoneidade* das têtemunhas. Tratemos agora das *idóneas*.

As *idóneas*, conforme dissemos, são divididas em *suspeitas* e *não suspeitas*, conforme apresentam, on não, razões pessoais que conduzam à dúvida sôbre a sua credibilidade. Faremos uma rápida exposição destas causas pessoais de descrédito que podem encontrar-se na têtemunha; e com isto, determinaremos, ao mesmo tempo, as duas espécies das têtemunhas idóneas: a existência de uma razão pessoal de descrédito caracterizará a têtemunha *suspeita*, como a ausência de tôda a razão de descrédito caracterizará a têtemunha *não suspeita*.

Quando falamos de têtemunhas *suspeitas* e *não suspeitas*, naturalmente não entendemos falar delas sob o ponto de vista da realidade absoluta, mas sim sob o ponto de vista daquela realidade que *aparece* aos olhos do juiz. Sob êste ponto de vista as têtemunhas apresentam por vezes, em uma qualidade pessoal sua, uma razão para se suspeitar da sua credibilidade; razão que as faz caracterizar como têtemunhas *suspeitas*.

Procedamos analiticamente.

Dissemos, que a credibilidade da têtemunha se funda totalmente na dúpla presunção, de que ela se não engana, e de que não quer enganar. Ora, qualidades pessoais há que incluem a facilidade de enganar-se; e outras que incluem a vontade fácil de enganar; no primeiro caso, a têtemunha perde fê, por motivo de suspeita de incapacidade intelectual ou sensória; no segundo caso, a têtemunha perde fê por suspeita de incapacidade moral.

Emquanto ao primeiro caso é claro que a fraqueza, permanente ou transitória, da inteligência, quer se retira ao tempo

dos factos observados quer ao dos factos referidos, inclui sempre a facilidade de a testemunha se enganar. Esta razão de suspeita, que subsiste para qualquer depoimento, e é por isso *absoluta*, é consequentemente maior ou menor, conforme o conteúdo do tes-

temunho particular; porquanto o testemunho particular pode exigir uma grande actividade intelectual, como quando se refere a coisas subtis e metafísicas, e a razão de suspeita será máxima; e pode exigir, ao contrário, uma pequeníssima actividade intelectual, como quando se refira a factos comuns e materiais, e a razão de suspeita será mínima.

Na suspeita por motivo de fraqueza intelectual, entra a da menoridade da testemunha. Exceptuando o caso de *não idoneidade*, não idoneidade que, existindo oposição das partes, estabelecemos não dever admitir-se senão em consequência de um exame prévio público e judicial; exceptuando o caso da não idoneidade, dizia, a menor idade deve considerar-se como causa de *suspeita*, que deve ser tomada na devida conta, admitindo-se sempre o seu testemunho.

Falando da fraqueza da *inteligência*, como motivo de suspeita, consideramos a inteligência não só como aquela faculdade espiritual que, em presença do objecto, adquire ideia dêle, mas também como aquela faculdade que, na ausência de objecto, resuseita, direi assim, a ideia dêle, reconhecendo-a como correspondente à realidade. Por outros termos, na fraqueza da inteligência, em geral, compreendemos a da memória, o que é importante, por isso que se refere ao momento de depor. Pode, com efeito, ter-se uma forte inteligência para a aquisição das ideias, tanto na época da percepção dos factos como na do testemunho, e tê-la fraca para a *reprodução* das ideias; de modo que na ocasião do testemunho as verdadeiras recordações são substituídas inconscientemente pelas falsas. A fraqueza notável de memória entende-se por isso também compreendida entre os motivos que fazem suspeitar de que a testemunha se engane.

Além da fraqueza intelectual, é claro também que a fraqueza de um dado *sentido* deve gerar suspeitas de erro, relativamente à espécie da percepção que corresponde àquele sentido.



Assim, o que vê pouco fará suspeitar das coisas que viu; quem é duro de ouvido, fará suspeitar das coisas que ouviu, e assim por diante: é este um motivo de suspeita relativo à matéria dos depoimentos.

Falando de frequência de inteligência e dos sentidos, é necessário compreender nela também a que consiste na frequência do seu funcionamento em relação ao objecto observado, ao tempo da observação. É necessário, em suma, levar em conta, quanto ao que d'elle resulta, o estado de ânimo e de corpo da testemunha, em presença do facto que refere como tendo sido percebido por ella, para se obter uma ideia da força com que as suas faculdades devem ter funcionado. Um estado de sobreexcitação, ou de abatimento do espirito, por uma causa qualquer, como uma perturbação física de momento, podem destruir ou diminuir o normal funcionamento dos sentidos e da intelligencia, não deixando perceber serena e exactamente os factos particulares sobre que depois se é chamado a depor; por isso também neste caso haverá um motivo legitimo de suspeita contra a testemunha.

Isto enquanto as testemunhas suspeitas por facilidade em se enganarem; passemos, agora, às testemunhas suspeitas por vontade de enganar.

Neste segundo campo, é útil principiar por attender a que a qualidade pessoal que conduz à suspeita pode, pela sua natureza, ser inerente à testemunha em face de qualquer objecto debatido judicialmente e tem-se, sob este aspecto, um motivo absoluto de incapacidade moral; e pode, ao contrario, consistir nas relações que a testemunha tem com uma dada causa, e tem-se, sob este aspecto, um motivo relativo de incapacidade moral. Ora, sob o ponto de vista do método de estudo, convém considerar distintamente os motivos de suspeita moral, conforme são absolutos ou relativos em relação à causa.

Principiemos pelos motivos absolutos de suspeita.

O homem é naturalmente impellido a dizer a verdade, e tem de lutar com o senso moral para se rebairar à mentira: é esta moralmente a base genérica da credibilidade do testemunho. Ora todas as vezes que em uma condição pessoal se encontrar a reve-



lação da perda ou da fraqueza do senso moral, isto é, a revelação da perda ou da fraqueza dêste *obstáculo*, que Deus pôs na consciência humana, contra a mentira; tôdas as vezes que em uma condição pessoal se descubra uma tal revelação, ter-se há legitima razão para suspeitar na testemunha a existência de uma possível vontade de enganar, a propósito de tudo e de todos. À deficiência de senso moral, eis o motivo genérico e absoluto de suspeita da vontade de enganar; motivo genérico, sob o qual se classificam os vários motivos particulares e sempre absolutos, consistentes nas diversas qualidades pessoais, que podem revelar *em concreto* esta perda ou êste enfraquecimento do senso moral, que se resolvem, na consciência da testemunha, em *falta* ou *fra-queta de obstáculo* à mentira.

Há crimes que, pela sua natureza, requerem uma baixeza de espírito que se não concilia com o senso moral, e por isso o facto de ter sido condenado por um dêsses crimes, inspira suspeita sôbre a credibilidade da testemunha; e digo *condenado*, única-

mente

porque a condenação representa a certeza do crime cometido. Assim, a condenação por corrupção do oficial público, que rebaixou a altura de uma função pública, que lhe foi confiada, a um vil instrumento de mercancia; assim, a condenação por execução de um mandato criminoso, crime revelador da frieza do cálculo e de um torpe contracto; assim, em geral, as condenações por furto e por falsificação em tôdas as suas variadas formas; tôdas as condenações, em suma, por crimes reveladores de uma torpe baixeza de ânimo inconciliável com o senso moral, são motivos absolutos de suspeita contra a testemunha.

Tratadistas há que falam da condenação por crimes torpes como de uma causa de exclusão, em parte por influência de recordações históricas, em parte pela confusão geral com que se costumam expor as causas de falta de idoneidade e de suspeita. Mas é fora de dúvida, e creio inútil gastar mais palavras, que a condenação por crimes torpes não pode, em presença da lógica, ter senão a fôrça de uma simples suspeita, que é necessário levar em devida conta, admitindo sempre o depoimento.

Um motivo concreto de suspeita por perda de senso moral,

é também a prostituição que rebaixa o corpo humano a um instrumento de tráfico infame. E análogo motivo de suspeita é também o lenocínio, que é duas vezes ignóbil, especulando torpemente com uma torpe indústria.

Abaixo destas ou de outras espécies análogas de qualidades pessoais que revelara *eminentemente* a perda do senso moral, há assim uma graduação indefinida e descendente de qualidades pessoais, que revelam uma dada fraqueza de senso moral, autorizando a suspeita em um grau sempre e proporcionalmente menor.

Passemos agora aos motivos relativos que fazem suspeitar que se quer enganar; motivos relativos que consistem nas relações que a testemunha tem com a causa.

O homem, geralmente falando, tem na consciência, já o dissemos, um obstáculo poderoso contra a mentira: é o senso moral. Sem um motivo contrário, subjectivamente mais forte, o homem não saberia mentir, inclinar-se-ia respeitoso perante a verdade. Êste motivo contrário encontra-o nas suas paixões: por uma paixão, que fala alto no seu espírito, é arrastado muitas vezes a combater e por vezes até a vencer a repugnância natural, que tem pela mentira. É nas paixões, portanto, que é necessário procurar, sob o ponto de vista da vontade, os motivos de suspeita da testemunha.

Tôdas as paixões humanas reduzem-se a duas fontes: o amor e o ódio. Sob estas duas bases capitais das paixões é que por isso se deve classificar a genealogia das suspeitas.

Principiando pelo amor, êste pode ter por objecto a própria pessoa ou outrem.

O *amor por si mesmo*, como motivo de suspeita no testemunh  
o, pode, em primeiro lugar, afirmar-se como *interêsse pessoal na causa*. Quando o diverso resultado da causa conduzisse a uma utilidade pessoal para a testemunha, ou a uma desvantagem sua, compreende-se facilmente que o desejo da utilidade e o temor do dano, que se resolvem ambos no amor de si próprio, a impilam a mentir, para alcançar uma sentença do magistrado de harmonia com os seus interêsses. Por êste motivo, nos seus depoimentos, são suspeitos os *acusados*, tanto quando têtenu-

nhem em seu próprio favor, quando já se acham suficientemente indiciados, como réus, como quando depõem contra o cúmplice; pelo mesmo motivo, dentro de certos limites, é suspeito o *ofendido*: ocupar-nos-emos destas duas classes de testemunhas suspeitas um pouco mais adiante, como objecto principal. Sempre pelo interesse na causa, são suspeitos também todos os que, em geral, depõem em defesa própria; são suspeitos também os denunciadores sem obrigação de ofício, que pela própria espontaneidade da denúncia revelam o seu interesse, de qualquer género, no prosseguir do julgamento; também são suspeitos os que participam nas multas, e os civilmente responsáveis.

O amor de si próprio, como causa de suspeita, pode também afirmar-se por outra forma. Consideramo-lo anteriormente em relação à vantagem ou desvantagem que *do julgamento* pode advir à testemunha; mas isso pode actuar sobre o espírito humano, arrastando-o à mentira, mesmo por uma vantagem ou uma desvantagem *extra-judicial*, derivada da diversa índole do depoimento. A esperança de um prémio extra-judicial, como o temor de uma pena extra-judicial, podendo impelir a testemunha à mentira, fazem surgir uma legítima dúvida sobre a sua veracidade. Por esta razão, são suspeitos os *que dependem* do acusado e do ofendido, e, até por vezes, os seus parentes mais próximos; por esta razão são suspeitas as testemunhas sob cujo espírito pesa a promessa de um bem desejado, ou a ameaça de um mal que se teme.

O *amor pelos outros*, como causa de suspeita, concretiza-se na amizade para com o argüido ou para com o ofendido. Sob a fórmula de amizade pelo ofendido, compreendemos também os casos de parentesco com êle; assim como sob a fórmula de amizade pelo argüido, compreendemos também o parentesco com êle, sempre nos casos de afastamento de grau que não seja compreendido na exclusão, e nos casos de parente em grau próximo, que se admita excepcionalmente a depor, pelas vontades convergentes do argüido e do parente, segando o que anteriormente dissemos. A amizade pelo argüido provoca sempre mais graves suspeitas que a proveniente da amizade pelo ofendido, por isso que é ordi-

nário que a amizade se esforce por afastar o mal da cabeça de um amigo, e é, ao contrário, *extraordinário*, que ela chegue até desposar as suas injustiças, fazendo recair por gosto do amigo, ou pelo interesse da reparação de seus prejuízos, a sua palavra injustamente acusadora sobre as costas do réu.

O *ódio pelos outros*, como causa de suspeita, manifesta-se na inimizade para com o arguido ou para com o ofendido. O ódio, em regra, não pode afirmar-se senão relativamente a outrem, como causa de suspeita; mas há comtndo casos excepcionais de *ódio para com si próprio*, que devem tornar suspeitas as palavras do depoente; assim, um homem preso por monomania suicida, será suspeito quando deponha contra si próprio em uma causa capital.

Emquanto à amizade e inimizade, para com o arguido ou para com o ofendido, julgo ser útil observar que elas não só dão a suspeita de querer enganar, mas servem por vezes também para legitimar a suspeita, relativamente a um dado conteúdo de test-

emunho, de que a testemunha se engana; como quando o depoimento versa, não sobre factos materiais, em relação a que o afecto nunca pode alterar o funcionamento dos sentidos, mas sim sobre factos morais, que se apresentam diversamente, segundo a sua diversa apreciação; apreciação diversa, que é enormemente influenciada por uma diversa predisposição do espírito, ou prevenção, se assim se lhe quer chamar.

Eis indicados por esta forma todos os motivos de suspeita que, apresentando-se como aderentes à pessoa da testemunha, desacreditam a sua credibilidade. Julgamos inútil deter-nos fazendo um largo desenvolvimento de cada um dêles, convencidos de que não proviria daí utilidade alguma, nem para a ciência, nem para a prática judiciária. Supremamente útil na matéria, julgamos ser sòmente designar, com precisão e com ordem lógica, a natureza de cada motivo de suspeita: a noção desta natureza, eis o critério dirigente que deve iluminar-nos na avaliação de cada caso singular e concreto, para apreciar o seu justo valor em tôdas as várias e possíveis contingências no meio das quais podem concretizar-se. Considerar a *natureza* do motivo que ins-

pira a suspeita; proporcionar a suspeita à *fôrça* do motivo; 9 avaliar esta *fôrça* em relação às circunstâncias particulares de facto e ao carácter da testemunha: eis o que é necessário para apreciar, no seu justo valor, o motivo de suspeita no caso concreto. Todos os motivos de suspeita, portanto, quer sejam absolutos, quer relativos, não podem conduzir lógicamente senão a estar em guarda contra certos testemunhos, e a não lhes dar um demasiado valor; mas nunca a excluí-los do campo das provas.

*A fraqueza de inteligência ou dos sentidos*, não deve levar necessariamente à conclusão do êrro da testemunha.

*A falta de um forte obstáculo à mentira*, que assenta no senso moral, motivo absoluto de suspeita por incapacidade moral, não deve levar à conclusão, imediata, de que a testemunha não possa apresentar a verdade. *A existência de uma paixão que combate* no caso especial *aquele obstáculo*, motivo relativo de suspeita por incapacidade moral, não conduz a concluir que aquele obstáculo deva sempre ficar vencido, e que se deva sempre mentir.

Se tivéssemos de excluir tôdas as testemunhas suspeitas, bem poucos seriam os julgamentos que chegariam a cabo; e êsses poucos não inspirariam fê nem na verdade, nem na sua justiça. Quem poderia de facto assegurar que nos impenetráveis recônditos do espírito da testemunha aparentemente insuspeita, da testemunha sôbre cuja fê se proferiu a sentença, não existiam motivos bem poderosos que deviam tê-la feito excluir de depor? A exclusão dos suspeitos resolver-se hia, portanto, no triunfo do scepticismo judicial.

Emquanto aos motivos de suspeita em geral, é necessário fazer ainda uma observação que julgamos útil. É necessário notar que todos os motivos, quer absolutos, quer relativos, de suspeita, que se deduzem do estudo da pessoa da testemunha, podem vir a ser paralisados por outra condição pessoal, que pode encontrar-se na mesma pessoa da testemunha.

Com efeito, enquanto à facilidade de se enganar, o motivo de suspeita proveniente da fraqueza intelectual ou sensória, pode ser paralisado pelo *hábito de uma dada espécie de observações*,

físicas ou intelectuais, que compense o defeito real de sentido e de inteligência. Assim, a observação de um armeiro, se bem que míope, relativamente à conformação material de uma arma, terá, pelo menos, tanto valor como o depoimento de uma testemunha com vista de lince, mas que não tenha prática alguma de armas. Assim, o parecer de um alquilé de fraca inteligência, sobre o valor intrínseco de um cavalo, inspirará, concordareis, mais fé que o parecer de um grande poeta, não habituado a praticar senão o cavalo Pegaso das suas fantasias.

E em quanto à vontade de enganar, a *probidade actual* da testemunha, quando é de natureza a mostrar firme o senso moral, paralisa o motivo absoluto de suspeita oriundo da presumida perda de senso moral. O que já foi condenado, a que já foi meretriz, quando pela vida actual mostram ter voltado com o seu espírito sob o domínio da moral, ficaram, pela sua vida actual, rehabilitados, direi assim, para a credibilidade.

E continuando sob o mesmo ponto de vista da vontade de enganar, a própria *probidade actual*, quando é tal que mostre que o senso moral é tão forte que não pode ser vencido por paixões contrárias, serve para paralisar o motivo relativo de suspeita que nasce da presumida existência de paixões contrárias. O homem verdadeiramente probo, se bem que interessado, amigo ou inimigo, não mente.

Temos-nos até aqui ocupado em considerar as condições pessoais determinadas que tornam o testemunho *não idóneo* ou *suspeito*. Não se julgue, porém, que todos os testemunhos que não são, pelas determinadas condições acima expostas, excluídos, nem suspeitos, devam ser tomados como plena e igualmente críveis. Em primeiro lugar, emquanto à possibilidade de que a testemunha se engane, para a completa avaliação subjectiva do seu depoimento ocorre ter em vista o diverso grau de perfeição sensória e de força intelectual e menemónica, que apresenta a pessoa que afirma, mesmo quando não suspeita, relativamente ao conteúdo da sua afirmação.

Há factos tão simples, que não requerem uma grande actividade sensória e intelectual, e em virtude dos quais perde toda

A importância a investigação do grau de capacidade subjectiva da testemunha não suspeita. Para se ter a percepção sensitiva de uma casa que arde, de um muro que se arraína, de um homem que cáí de um terraço, não tem por certo importância a maior ou menor perfeição dos sentidos; nem tem importância a maior ou menor força intelectual para se formar juízo relativamente a dadas sensações; e nem mesmo pode ter importância a maior ou menor força de memória para factos que, como êstes, são por si mesmos, tão simples e tão impressionantes.

Mas nem todos os factos são tão simples; alguns há em que uma diferença de capacidade subjectiva tem importância, sendo a fé a dar à testemunha proporcional à sua capacidade. Para perceber, suponhamos, os detalhes complicados de um mecanismo, serão mais aptos os sentidos (aperfeiçoados pelo hábito, e guiados por uma inteligência disciplinada na espécie) de um mecânico, que os sentidos de uma qualquer outra testemunha que se limite a apresentar uma capacidade normal, e por isso simplesmente não suspeita. Para perceber relações complicadas de algarismos, e conservá-los na memória, nem tôdas as testemunhas não suspeitas apresentam igual capacidade, e por isso nem tôdas devem inspirar igual fé. Para distinguir que um determinado pó é de um certo veneno, são necessários conhecimentos especiais; e quem possuir melhores dêstes conhecimentos, inspirará sempre mais fé que quem tenha menores conhecimentos a tal respeito.

Para avaliar, portanto, subjectivamente um testemunho, não basta, sob o ponto de vista da possibilidade de engano da testemunha, ter só em vista os motivos de suspeita; é necessário também atender às particulares perfeições dos seus sentidos, e à particular força da sua inteligência e da sua memória, assim como também do estado dos seus conhecimentos relativamente à matéria da afirmação. E relacionar os conhecimentos da testemunha com a matéria da sua afirmação, convirá também, por outro lado, para esclarecer o juiz; a testemunha que vier fazer afirmações referentes à matéria que se supõe estranha, ou superior, aos seus conhecimentos, deve ser convidada a dizer como está de posse dos conhecimentos que as suas afirmações fazem pressupôr,

e, assim, obrigando-a a prestar as razões do que sabe e do que diz, poder-se há chegar à descoberta de uma sugestão exercida sobre ela, quer fazendo-lhe reter materialmente, de memória, uma dada afirmação, quer inspirando-lhe um limitado e momentâneo conhecimento para a levar a falsas afirmações.

Também, pois, sob ponto de vista da vontade de enganar, é necessário atender ao diverso grau de probidade da testemunha ainda quando não suspeita, para apreciar exactamente o seu depoimento: nem tôdas as testemunhas probas e sem impulso' para a mentira, nem tôdas as testemunhas normalmente insuspeitas, merecem igual fé. Mesmo em igual ausência de impulsos aparentes para a mentira, é lógico que quem dá maiores provas de probidade e é menos desmentida nas varias contingências da vida, deve sempre inspirar mais fé. E na hipótese de existirem impulsos para a mentira, sob o ponto de vista da resistência a êsses motivos, há probidade e probidade mesmo entre os melho-res : se houve os mártires do Cristianismo que, confessando a sua fé, caminharam serenos de encontro à morte por amor da verdade ; houve também o apóstolo Pedro que, com medo das perse-J guições, renegou o seu Senhor, declarando não o conhecer.

Concluindo, a completa avaliação objectiva do testemunho consiste, não só no estudo daquelas condições determinadas que tornam a testemunha não idónea e suspeita, mas também no exame do grau de perfeição intelectual, sensória e moral, que a testemunha, mesmo não suspeita, apresenta relativamente ao seu testemunho: é o- complexo destas considerações que determina a credibilidade subjectiva do testemunho.

## **TITULO II Avaliação do**

### **testemunho relativamente à forma**

Para a completa apreciação do testemunho não basta considerar as condições pessoais que, abstraindo mesmo do testemunho concreto, fazem pensar que a testemunha se engana, ou que quer enganar; isto basta unicamente sob o ponto de vista da



avaliação subjectiva. Mas o testemunho, para ser bem avaliado, deve atender-se também na sua forma e no seu conteúdo. Trataremos aqui da forma.

Sendo o testemunho o conhecimento de um homem comunicado a outro homem, esta transmissão do pensamento de uma consciência para outra só pode operar-se por meio de uma extrinsecação material; pois que os espíritos só comunicam entre si por meio dos sentidos. A quem recebe o testemunho, este apresenta-se, portanto, com formas exteriores, mais ou menos variáveis. Ora, como estas formas exteriores, segundo a sua diversa natureza, aumentam ou diminuem o valor probatório do teste-

munho, segue-se que para o avaliar devidamente, é necessário-também atender àquelas; isto é, é necessário atender às exterioridades, nas quais, ou pelas quais, o testemunho se realiza.

Há exterioridades que aumentam ou diminuem o valor do testemunho, por isso que directa ou indirectamente servem para manifestar o íntimo da testemunha. Há exterioridades que aumentam ou diminuem o valor do testemunho, por isso que, sendo consideradas como formas protectoras da verdade, necessárias para descobrir e por vezes corrigir os erros possíveis da testemunha, ou para descobrir e por vezes paralisar a sua possível vontade de enganar, a falta delas, destas formas protectoras, é considerada como um perigo de erros por parte do juiz, perigo que naturalmente diminua ou aumenta o valor probatório do depoimento. Façamos uma referência a estas exterioridades formais, que têm o valor de dar ou tirar eficácia ao testemunho, e que por isso devem ser levadas em conta para a sua exacta apreciação. Para que o testemunho revele a verdade, não basta que a testemunha se não engane e que não queira enganar; é necessário também que a testemunha exprima a verdade por uma forma correspondente a ela, manifestando-a tal qual se lhe apresenta ao espírito. Há testemunhas que perceberam a verdade; que entendem referi-la exactamente; e cujos depoimentos, contudo, acabam por enganar, devido à falta de propriedade e à incerteza da sua linguagem; a afirmação sincera dos factos verdadeiros converte-se assim, pelos seus efeitos, em um falso testemunho. A língua-

gem, portanto, por isso que é a expressão directa do pensamento, segundo mostra exprimi-lo com maior ou menor precisão e clareza, realça ou abaixa o valor probatório do testemunho. É natural dever apreciar-se mais um testemunho prestado com uma linguagem precisa, que um testemunho em uma linguagem que se prêste a equívocos. Eis, portanto, uma primeira exterioridade têtemunhal que é necessário levar em conta para a avaliação do testemunho: a linguagem como expressão *directa* do pensamento.

Mas bá também exterioridades têtemunhais que teem a sua importância como manifestações indirectas do espírito da têtemunha, e que, sob êste aspecto, são por isso também tomadas em conta na avaliação do testemunho.

Em primeiro lugar, o mesmo discurso da têtemunha pode, na sua materialidade de palavras e na sua entoação, reflectir as secretas disposições de espírito do depoente, elucidando *indirectamente* sôbre a veracidade, e fazendo-nos aumentar ou diminuir a fé nêle.

Assim, quando o modo de depor revela *animosidade* na têtemunha, a falta de serenidade no seu espírito, diminuirá a sua fé, mostrando a existência de paixões que podem ser um impulso para mentir.

Assim, quando o testemunho é prestado com *afecção*, é, esta, outra causa de descrédito; por isso que a afecção do discurso supõe o estudo e o esforço do espírito, e o estudo e o esforço do espírito fazem suspeitar da mentira. A linguagem da verdade, ao contrário, é sempre natural porque é sem esforço e sem estudo; a arte mais fácil é a de dizer a verdade.

Ainda quando no texto de mais de um testemunho se nota *eumdem praemeditatum sermonem*, esta idoneidade não natural de forma faz supôr uma identidade de inspiração; um concerto anterior e comum, para se encontrarem de acôrdo na afirmação de um certo facto.

É esta uma outra causa formal de descrédito, que pode em certos casos chegar a anular o valor probatório dos testemunhos; porquanto os concertos prévios não sucedem senão por meio do acôordo das têtemunhas mentirosas: as verdadeiras não

tem necessidade de concerto; são postas de acôrdo pela própria verdade.

A *animosidade*, a *afecção*, a *identidade premeditada* da exposição são, por isso, consideradas como três causas formais de diminuição de fé nos testemunhos, assim como, a *equanimidade*, a *naturalidade* e a *ausência de premeditação do discurso*, são consideradas como três causas formais de aumento de fé. Se não parece claro ao leitor porque a propósito de *forma* e de *conteúdo* dos testemunhos se fala de *animosidade* e de *afecção* como causas de descrédito, observarei que a *animosidade* e a *afecção* consistem, não tanto *nas coisas* que se dizem, como *no modo*, como se dizem, e *no propósito com que* se dizem.

Mas, além *do depoimento*, outras exterioridades há reveladoras 'do espírito mesmo *na pessoa* do depoente: é o complexo daquêles indícios que emanam da maneira de se comportar da têtemunha, e que aumentam ou diminuem a sua credibilidade. À *segurança* ou a *excitação* de quem depõe, a *calma* ou a *perturbação* do seu rosto, a sua *desenvoltura* como de quem quer dizer a verdade, o seu *embaraço* como de quem quer mentir, um só gesto, um só olhar por vezes, podem revelar a veracidade ou a falsidade da têtemunha. Eis aqui mil outras exterioridades a que é necessário também atender nos testemunhos, para os avaliar bem.

E basta de exterioridade do testemunho, enquanto, directa ou indirectamente, serve para revelar o ânimo da têtemunha. Mas não é tudo. Para a completa avaliação formal do testemunho é necessário atender também àquelas formas protectoras da verdade que a arte criminal aconselha e a lei por vezes prescreve, como garantia entre a possibilidade de êrros judiciários.

Não devemos, por certo, passar aqui em revista tôdas as formas em que e com que a arte criminal aconselha que se desenvolva o testemunho, que deve servir de base à sentença penal. Não queiramos sair do nosso campo. A lógica criminal ocupa-se da certeza e das suas fontes sob o ponto de vista puramente racional. Até aqui estuda-se a *natureza* das provas e as suas *condições essenciais*, quer sob o ponto de vista do sujeito,

quer sob o da forma ou do conteúdo, está-se sempre no campo da ciência judicial. Mas quando se passa à investigação dos *modos práticos* com que devem realizar-se as provas geralmente falando, ou ao exame detalhado das formas particulares por que o testemunho, em especial, se deve desenvolver, então do campo da ciência passa-se propriamente para o da arte judicial.

Sob o ponto de vista, portanto, do critério com que deve, em geral, avaliar-se o testemunho na sua forma, basta-nos dizer aqui, que todas as formas que a arte criminal aconselha para a exteriorização judiciária do testemunho, são tomadas em conta como aumento de fé quando observadas, como diminuição de fé quando inobservadas. E para que este preceito genérico seja esclarecido por meio de confrontos práticos, bastará mencionar algumas formas judiciárias de maior importância, que pela grande influência que exercem sobre a substância da prova testemunhal, se apresentam como formas quasi substanciais dela. Falaremos em particular da *natureza judicial* e da *publicidade* do testemunho, como de uma forma primária e geral, e do *intêrrogatório sem sugestão*, como de uma das principais entre as formas secundárias e particulares.

Começemos pela *sua produção judicial*. Quando falamos das provas em geral, tendo presente a regra superior, precedentemente estabelecida, da *naturalidade* do convencimento, fixamos a regra da *originalidade* das provas. É necessário, conforme dissemos, que as provas se apresentem ao juiz, tanto quanto possível, por si mesmas, e não como conteúdo de outras provas; é necessário, em suma, que o juiz perceba, tanto quanto possível, directamente as provas, como ligadas ao seu sujeito natural e originário; pois que é claro que o convencimento é tanto mais legítimo, quanto mais se baseia na imediata percepção das provas de que provém. Ora, esta imediata percepção das provas, para exercer melhor a sua eficácia a favor da verdade, é lógico que deva desejar-se que se produza na própria ocasião em que se elabora o convencimento, sobre que deve basear-se a sentença de condenação ou de absolvição; por outros termos, as provas devem apresentar-se à imediata percepção do juiz, naquele mesmo

acto de julgamento público em que são destinadas a exercer a sua influência. E eis como a regra da *originalidade*, considerada em relação à *forma* por que deve produzir-se o testemunho, se converte, em particular, na sua produção judicial. Uma verdade conduz a outra, formando conjuntamente os elos daquela áurea cadeia em que assenta a ciência; e o acôrdo de uma verdade com outra constitui aquela harmonia ideal, que é a grande aspiração da inteligência humana.

A *produção judicial* do testemunho consiste, para nós, em ela ser produzida perante o juiz que plenamente julga, no julgamento público. E não cause admiração ao leitor se com esta noção se nega a natureza judicial, propriamente dita, aos testemunhos recolhidos no período instrutório pelo oficial público competente. Sabemos que, geralmente, se consideram também como judiciais os testemunhos recolhidos pelo juiz instrutor. Mas se isto se pode aceitar como uma ficção jurídica, não pode aceitar-se como uma verdade exacta. Tudo o que tem lugar, mesmo por parte de oficiais competentes, fora do julgamento público, que é o juízo em sentido próprio, é sempre, em rigor, extra-judicial: fará parte da *instrução*, mas não assim do *julgamento público*, que é o julgamento em sentido próprio.

Pode ser que me engane; mas creio que a produção judicial, como atributo da prova, perde toda a exactidão e toda a importância lógica, se se refere também à prova recolhida por um juiz que não é o que deve absolver ou condenar, por um juiz que procede à colheita das provas na ausência das partes e dos seus representantes, na ausência do público, no segredo da instrução.

É necessário não esquecer a regra da sociabilidade do convencimento judicial; é necessário não esquecer que para julgar com exactidão a respeito da natureza das provas, tanto para o seu sujeito como para a sua forma, é necessário sempre referí-las à consciência do juiz que plenamente julga no julgamento público. Ora, relativamente a este juiz, e ao seu julgamento público, o testemunho que é produzido como tendo-se desenvolvido fora do debate público, quer se apresente como sendo

colhido por um particular, quer como sendo colhido com o fim de instruir por um juiz competente, é sempre um testemunho passado fora da esfera da observação directa do juiz e do público, é sempre um testemunho que não se apresenta originalmente em juízo, é sempre um testemunho não judicial. Compreendo que existe uma grande diferença de valor probatório entre o testemunho colhido e referido por um particular qualquer, e o colhido com as devidas formalidades por um oficial competente, e referido em um auto apropriado e regular; especialmente quando êste oficial competente é o mais alto entre os oficiais, como no caso do juiz instrutor. Acho até justificável, como direi noutro lugar, a ficção jurídica, pela qual os testemunhos prestados perante o juiz instrutor competente se consideram como prestados no próprio julgamento público. Mas com-quanto estas afirmações se considerem, justamente, de alto valor probatório, nunca se poderão, com exactidão, considerar como uma única coisa, como igualmente judiciais, tanto o testemunho produzido no julgamento público, sob a presença directa do juiz que deve absolver ou condenar, e do público que assiste, como o produzido fora do juízo, perante outro juiz, competente, que o refere ao primeiro. O *valor* dêstes dois testemunhos poderá mesmo con-siderar-se igual, mas a sua *natureza* será sempre diversa. Graças ao seu valor, a prova colhida por um juiz instrutor competente poderá chamar-se *quási-judicial*; mas *judicial*, nunca. Sob o ponto de vista da produção judicial teremos, assim, três classes de testemunhos: testemunho *judicial* propriamente dito, o colhido pelo juiz que julga plenamente, no debate público; testemunho *quási-judicial*, ou judicial impróprio, o que é colhido pelo oficial de justiça competente; e testemunho *extra-judicial* propriamente dito, o colhido por um particular ou por um oficial não competente. À natureza jurídica do testemunho é de grande importância para a sua avaliação. É devido a ela que teem valor os outros critérios de avaliação formal de que anteriormente nos ocupamos. Com efeito, é recebendo directamente o depoimento, que o juiz pode, em primeiro lugar, atender à maior ou menor precisão da linguagem com que é feito, para o avaliar em mais

ou menos; e pode, além disso, atender a todos aqueles indícios que derivam do modo como o depoimento se expressa, e da forma porque o depoente se comporta; indícios todos êles que acreditam ou desacreditam o testemunho, conforme se referem à veracidade ou à falsidade da têtemunha.

Por outro lado, devendo a têtemunha fazer em juízo o seu depoimento, a solenidade do julgamento actuará sôbre o seu espírito em favor da verdade; principalmente, quando a solenidade do julgamento é aumentada pela publicidade.

Falando das provas em geral, falamos também da *publicidade* das provas, regra que deduzimos da outra da *sociabilidade* do convencimento. Notaremos aqui novamente que a publicidade do julgamento em que tem lugar o testemunho, exerce sôbre o espírito da têtemunha um grande influxo em favor da verdade; é uma grande garantia *formal* contra a possibilidade de enganos. A têtemunha, que tem de fazer o seu depoimento em uma sala aberta ao público, não se deixará levar por aquela ligeireza de afirmações, que é tão comum nas conversas particulares; a têtemunha, seja um terceiro, o ofendido ou o argüido, receará sempre no público a presença de alguém que possa estar de posse da verdade, e que possa desmenti-la quando se afaste da verdade; a têtemunha, exposta à curiosidade investigadora do público, receará sempre as antipatias, afastando-se da verdade, e esperará sempre às simpatias conformando-se com ela; a reprovação social levantar-se há sempre como uma ameaça terrível e anónima contra o mentiroso, mesmo quando êle julgue poder escapar-se à pena legal. À publicidade do julgamento, em que se produz o depoimento é, portanto, uma formalidade que reclama, melhor que qualquer outra, o cumprimento do dever moral e jurídico da verdade; e por isso o testemunho *extra-judicial* é um testemunho grandemente deficiente emquanto à *forma*.

Mas se o testemunho *extra-judicial* é deficiente emquanto à forma, não deixa, comtudo, de ser um testemunho; e é sem razão, nos parece, que os tratadistas falam dêle como outra espécie de prova, a propósito especialmente do testemunho *extra-judicial* do argüido.

Em geral, a afirmação extra-judicial, quer de terceiro, quer do arguido, quer do ofendido, nunca é uma espécie particular de prova. Com efeito, ela só é levada em conta quando se apresenta em juízo: isto é, quando se resolve em uma prova judicial. O testemunho extra-judicial, não é, portanto, uma prova *mi generis*; entra nas espécies ordinárias da afirmação de pessoa; é uma afirmação pessoal, que se verificou fora do juízo, e que aparece em juízo não originalmente, como sucede quando uma pessoa vem contar em juízo a confissão que ouviu fazer ao arguido fora do juízo.

No entanto, os tratadistas falam da confissão extra-judicial em particular entre os *indícios*. E a costumada confusão, que lamentamos em outro lugar, entre o que *é conteúdo* e o que *é a forma* da prova. O indício é tomado no sentido falso e indeterminado de *prova imperfeita*, e a confissão extra-judicial, sendo uma prova imperfeita, é colocada por isso entre os indícios.

Não negamos que a extra-judicialidade em sentido próprio seja uma grave imperfeição, especialmente em relação á confissão. A confissão e o testemunho, quando teem lugar em juízo, apresentam, quando mais não seja, incontestavelmente, a certeza física da sua manifestação material e extrínseca; quando fora do juízo, é necessário principiar por verificar que tiveram lugar naquela materialidade de forma que se refere, e depois passar á verdade do conteúdo. A confissão e o testemunho, quando extra-judiciais, são evidentemente provas defectivas; mas não deixam, por isso, de ser confissão e testemunho, e de poder ter por conteúdo tanto o delito como o indício, apresentando, assim, *natureza* de prova directa ou indirecta. É sòmente emquanto ao *valor* probatório, que pode dizer-se que elas não teem senão o valor de simples indício.

Assim, para não falar senão da confissão extra-judicial, de que se ocupam em particular os tratadistas, ela referindo-se também ao facto principal do delito, e tendo por isso *natureza* de prova directa, compreende-se porque não tenha senão o *valor* de um indício. A lógica criminal põe em dúvida a confissão extra-judicial sob o ponto de vista do *sujeito* intrínseco, porque chega



em segundo grau ao ouvido do juiz, através da afirmação de uma outra testemunha; põe-na em dúvida sob o ponto de vista da *forma*, porque falta na sua exterioridade toda a forma protectora da verdade; põe-na em dúvida sob o ponto de vista do *conteúdo* acusador, pela ligeireza inconsiderada de quem confessa, de que é prova a sua própria manifestação feita extra-judicialmente, e desmentida depois em juízo. E suponhamos que o arguido não persiste na sua confissão extra-judicial, por isso que, no caso de persistir, não teria já importância estar a investigar o valor da confissão extra-judicial, existindo a confissão judicial. Ora, o valor superior do *testemunho directo* não se compreende sem a certeza incontestável de que teve lugar, e sem a credibilidade da testemunha; admitida a realidade do testemunho, admitida a fé na testemunha, a relação entre o delito asseverado e o delito efectivo é necessária. Para a confissão feita com as formalidades devidas no julgamento solene, o seu valor probatório pode chegar até ao máximo, porquanto se tem sempre a certeza da sua realidade material, e a fé na pessoa que faz a confissão pode ser admitida sempre pelo juiz; mas tanto aquela certeza, como esta fé, nunca são inabaláveis relativamente à confissão extra-judicial; se se põe em dúvida a sua existência e veracidade; e contudo, mesmo tendo também a *natureza* da prova directa, compreende-se porque é que o seu *valor* não exceda o de um indício. Todos entendem, porém, que, quando o testemunho é recolhido por um oficial público competente, o seu valor probatório, conquanto colhido fora do juízo propriamente dito, já não é por nós desprezado no grau acima referido. Sob o ponto de vista do sujeito intrínseco e do extrínseco (isto é, da testemunha de origem e da de segundo grau), a qualidade de oficial público na testemunha de segundo grau e a sua competência para recolher o testemunho original, realçam o valor subjectivo do seu depoimento, fazendo crer na existência real do testemunho de origem e na fidelidade da reprodução; sob o ponto de vista da forma como foi recolhido o testemunho original, há sempre formalidades protectoras da verdade que devem observar-se, e que realçam o valor formal desse testemunho; sob o ponto de vista

do conteúdo do testemunho de primeiro grau, embora falte a solenidade de um julgamento, no entanto a presença de um oficial público, autorizado pela lei a recolher os testemunhos, im-põe-se sempre sôbre o espírito da têtemunha de primeiro grau, conservando-a longe daquela distração inconsciente de afirmações que é temível nas conversas particulares. E por isso que quando se fala da grande fraqueza probatória do testemunho extrajudicial, se entende falar sempre de extra-judicialidade em sentido próprio: não se pretende compreender, entre os testemu-

nhos

extra-judiciais, os colhidos pelo oficial instrutor no período preparatório do julgamento, e que nós chamamos *quáse judiciais*.

Se, portanto, o juiz do debate fôase, juntamente com as partes, a casa da têtemunha que se acha impossibilitada de vir a júizo, então o testemunho deve considerar-se pròpriamente como judicial. Com o convite feito às partes para assistirem ao intêrrogatório de uma têtemunha e à redução a auto do seu depoimento não se faz mais que deslocar, limitadamente àquele testemunho, a sede do júizo.

Terminemos esta referência sôbre a natureza judicial do testemunho com uma reflexão geral, que serve de passagem para o exame de qualquer outra formalidade legal, particular, que se queira levar em conta.

A *natureza judicial* do testemunho, em geral, não é só preciosa por submeter à directa percepção do magistrado, que julga, e do público, aquelas exterioridades formais e naturais que directa ou indirectamente servem para manifestar o ânimo da têtemunha, colocando o juiz em melhor situação para avaliar o depoimento; é preciosíssima também, por isso que é a formalidade legal primitiva e geral, que torna possível a observação e o confronto de tôdas as outras formalidades legais particulares, aconselhadas pela arte criminal como favoráveis à descoberta na verdade. É por isso que o testemunho deve desenvolver-se de julgamento público, e é por isso incluído tanto quanto possível do arbítrio individual; é por isso que se não apresentam como desejos inanes e conselhos da arte criminal: sabe-se com firmeza poder, querendo, fazê-los seguir na pratica, e a legislação pode

adoptar os que repute oportunos, formulando-os em prescrições legislativas, que não podem ser frustradas pelo arbítrio do homem.

Tendo falado já de *produção judicial*, passemos agora a falar de algumas formas legais secundárias que a arte criminal aconselha.

A principal de entre as formas secundárias, que a arte criminal aconselha como úteis à descoberta da verdade, é o *intêr-*

*rogatório*. O seu uso serve, não só para descobrir e corrigir o êrro pessoal do juiz, mas também para descobrir e por vezes até corrigir o êrro da testemunha, e para descobrir e por vezes paralisar a sua possível vontade de enganar.

O juiz que por qualquer razão, fôsse mesmo pela sua prevenção subjectiva, formou uma errada convicção sôbre factos, querendo ter a sua confirmação, e dirigindo nesse sentido as suas perguntas, encontrará nas próprias respostas, relativas aos factos sôbre que intêrroga, a prova do êrro do seu espírito, e deverá abandonar a sua errônea convicção. Sem o intêrrogatório, ao contrário, a testemunha poderia não falar naquelas circunstâncias particulares, a que se refere a errônea convicção do magistrado, e esta acabaria, assim, por triunfar no seu espírito. E, à parte a possível prevenção do juiz, poderá êle ter sempre determinadas dúvidas sôbre os factos; dúvidas, provenientes da contradição das provas; êle sentirá muitas vezes, na sua consciência, pontos obscuros, sôbre que se não derramou a luz das provas. Ora, ó sòmente por meio do intêrrogatório que o juiz pode dissipar aquelas dúvidas, e esclarecer aquêles pontos obscuros, chegando, assim, a uma convicção raciocinada e segura, sem a qual se não pode pronunciar uma condenação que não seja arbitrária.

Emquanto ã testemunha, pois, seja por defeito de exposição, seja por momentânea hesitação do espírito, pode ela dar lugar a equívocos com o seu depoimento, e sair êste obscuro e confuso; pois bem, é só o intêrrogatório que em tais casos e por meio de oportunas perguntas, poderá desvanecer os equívocos, e tornar claros e distintos os factos expostos. O testemunho, por defeito

de percepção, por defeito natural de exposição, ou por razão de uma momentânea hesitação de espírito, pode sair enexacto, incompleto, não circunstanciado; pois bem, é sempre o interrogatório, é só o interrogatório que poderá revelar ou corrigir as inexactidões, e\* conduzir a completar e circunstanciar o testemunho. São

verdades que todos veem, e de que não vale a pena ocuparmo-nos.

E não temos atendido senão ao testemunho da boa fé. Que deverá dizer-se, pois, da utilidade do interrogatório, relativamente ao testemunho de má fé?

À têtemunha que tivesse vontade de enganar, quando soubesse não poder ser interrogada, teceria cómoda e seguramente a teia das suas mentiras, dsnfó-lhe a ordem e a côr que mais lhe conviessem para assegurar a sua impunidade. E, à parte as mentiras da exposição, se se exclui o interrogatório, torna-se assim muito fácil e cómodo omitir uma parte da verdade. Seria sempre bem árduo demonstrar o dolo da têtemunha, que omitisse uma verdade, quando ela não tenha sido particularmente interrogada a seu respeito. Apareceria a salvá-la a hipótese de que a testemuha tivesse esquecido a verdade omitida; apareceria a salvá-la a hipótese de que a verdade omitida não lhe tivesse ocorrido à mente no momento de depôr, quer casualmente, quer devido a uma certa perturbação por se vêr objecto da atenção geral em uma sala pública de justiça; apareceria a salvá-la a hipótese de que ela tivesse omitido aquela dada verdade, por não ter atendido a sua importância; apareceria a salvá-la a hipótese de que ela julgasse ter já dito a verdade que omitiu, sempre por aquela confusão certa, e por aquela perturbação que não são extraordinárias, relativamente a um depoimento feito perante a solenidade de um julgamento, perante as austeras figuras dos juízes, perante as figuras investigadoras e irrequietas dos advogados, e perante as mil figuras, mudas e curiosas, do público.

Em face do interrogatório, a posição da têtemunha de má fé, torna-se, ao contrário, perigosíssima. A sua teia de mentiras, ardida com mil cuidados e fadigas, desmancha-se de um instante para o outro; e a têtemunha mentirosa sente-se atacada dentro

das suas trincheiras; achar-se há sem abrigo: exposta ao fogo de\* fila de interrogações lógicas, determinadas, persistentes, imprevistas, perturbar-se há, cairá facilmente em contradição, e terá. que render-se, pondo a descoberto as suas mentiras.

Não lhe advirão menos perigos do silêncio parcial e deliberado. Gomo fingir ter casualmente, por um esquecimento de ocasião, por perturbação, por erro sobre a sua importância, omitido uma verdade, sobre que se foi categórica e eficazmente interrogado?

Sobre todos os aspectos, não há portanto, dúvida de que o interrogatório da testemunha, seguindo-se ao testemunho, que se deixou desenvolver a princípio na sua espontaneidade, é uma forma que contribui grandemente para a sua exacta avaliação, aumentando ou diminuindo a sua credibilidade, segundo a natureza das respostas.

Compreende-se, pois, facilmente, que se é lógico que o direito de interrogar no julgamento público seja concedido ao juiz, para dar uma base mais sólida ao seu convencimento, não deve êle negar-se às partes interessadas, quando julguem, sob o ponto de vista das suas convicções particulares, e dos seus interesses legítimos, poder contribuir com as suas perguntas para a formação do recto convencimento judicial.

Mas o interrogatório, que é um grande auxilio para a descoberta da verdade, tornas-se-ia, ao contrário, uma fábrica de mentiras, se se valesse da sugestão ilícita. Falando das provas em geral, já falamos da sugestão, e vimos como ela se distinguia em lícita e ilícita, e como a sugestão ilícita se subdistinguia em violenta, fraudulenta e culposa. Aqui observaremos, que o interrogante deve também proceder com destreza, para fazer com que a verdade surja da consciência do interrogado; mas, deixando de parte a violência, que se não pode aceitar nos modernos tempos em um debate público, é necessário notar que esta destreza não deve transformar-se em- dolo, incluindo nas perguntas que se fazem, as respostas que se desejam, e inspirando-as, assim, ao interrogado: a destreza lícita não deve transformar-se em uma sugestão dolosa. Observaremos ainda, que, por outro lado, tam-

bém a falta de destreza pode mudar-se em sugestão ilícita: a falta de destreza pode, como o dolo precedente, tornar-se perniciosa & verdade, incluindo do mesmo modo, por imperícia, na própria pergunta uma dada resposta: é o caso da sugestão cul-posa. Compreende-se que também neste segundo caso, relativa-mente ao espírito do interrogado, a resposta lhe é sempre igualmente inspirada: a imperícia produz o mesmo efeito que o dolo do inquirente.

É necessário não esquecer que as testemunhas inteligentes e conscientes, incapazes de se deixarem desviar da verdade, são bem raras. Geralmente, em face de uma resposta inspirada pela pergunta do juiz, esta é adoptada, quer por leviandade, quer para ser-se mandado embora mais depressa e vêr-se livre de embaraços, quer por timidez, e quer mesmo porque, julgando o juiz informado de tudo, melhor que está, prefere-se compartilhar nas suas convicções, e receia-se contradizê-lo. E em todos estes casos, como nos análogos, a sugestão conduz à falsidade.

Mas é necessário acrescentar, que por esta mesma ordinária falta de superioridade intelectual na testemunha, se é perniciosa a sugestão ilícita, é útil à descoberta da verdade a sugestão lícita. A testemunha, freqüentemente, não percebendo a razão do exame, divaga em detalhes inúteis para o julgamento, des-presando os factos que lhe interessam. Muitas vezes por perturbação, por perplexidade, por lentidão de memória ou da palavra, não narra exacta e completamente o facto. Ora, para não perder tempo em divagações inúteis, é conveniente sugerir-lhe aquilo sobre que deve depôr; ou, para despertar-lhe a memória, é conveniente sugerir-lhe algum facto, alguma data, alguma circunstância, que sirva para encaminhar a testemunha na ordem das suas recordações da verdade. Há, portanto, sugestões que servem para a descoberta da verdade, e que é bom empregar, sugestões, que são denominadas *lícitas*, para as distinguir das outras, e que são aconselhadas com o duplo fim da celeridade e do auxílio da memória. Mas para este duplo fim, é conveniente empregar, ou sugestões *dubitativas*, que sejam, não só aparentemente, mas *substancialmente* tais, ou sugestões *afirmativas directas*

*e explicitas*. A sugestão ilícita, quer fraudulenta quer culposa, sugere as respostas sem manifestar sugeri-las; é nisto que está precisamente a sua natureza enganadora. É bom saber-se se a testemunha alterou o assunto do seu depoimento espontaneamente, ou por inspirações provenientes do juiz; é bom que se saiba, se a testemunha apresentou uma afirmação por sua recordação espontânea, ou por uma hesitação que veio despertar a sua memória adormecida: é bom saber-se tudo isto, para o tomar em devida conta.

De que o interrogatório feito em audiência pública se limite ao uso da sugestão lícita, e não transcenda para a ilícita, são garanties os representantes das partes, o público e o próprio juiz: os representantes das partes servirão de freio ao juiz; o juiz servirá de freio aos representantes das partes; e o público, a todos. O maior perigo da sugestão ilícita será para o período secreto do sistema processual mixto; período secreto, cujos resultados não caem completamente no nada com a abertura do debate público. A testemunha que vem reproduzir oralmente o seu depoimento, pode sentir-se obrigada a confirmar que lhe foi arrancada pela sugestão no seu primeiro depoimento. Ainda mais: a testemunha pode ter morrido, e o seu depoimento, já consagrado em um escrito, apresentar-se-ia como está a funcionar de prova no julgamento público; e se nêle existissem afirmações arrancadas pela sugestão, elas teriam o seu efeito contrário à verdade, no julgamento público. Para reparar em parte êstes inconvenientes, a arte criminal aconselha, para a redução a auto dos depoimentos, o cumprimento de uma formalidade acessória; isto é, aconselha que o escrivão reduza a auto, não só as respostas da testemunha, mas também os interrogatórios do juiz, para vêr se, eventualmente, as respostas foram inspiradas por sugestão ilícita. E basta quanto ao interrogatório.

Para remate dêste título, voltemos a observar que assim como a *produção judicial* e o *interrogatório*, assim também tôdas as outras formalidades aconselhadas pela arte criminal em defesa da verdade, devem ser levadas em consideração para a justa avaliação do testemunho.

É assim, que deve ser levado em conta o *juramento*, formalidade de que a arte criminal se tem ocupado muitíssimo, para determinar o seu modo e a sua utilidade; modo e utilidade, que são julgados, não com critérios absolutos, mas com critérios deduzidos da índole e da civilização do povo, a que é destinado um Código particular de processo. É assim, que deve ser levada em conta a *lembrança* a fazer à testemunha antes de depor, *das penalidades* com que é *ameaçado o falso testemunho*; lembrança que serve para funcionar como obstáculo contra a possível vontade de enganar que existisse nela.

É assim, que toda a formalidade favorável ao triunfo da verdade, deverá sempre ser levada em conta, para avaliar, em mais ou em menos, o testemunho, na proporção do valor que a arte criminal atribui a essa formalidade, e segundo essa formalidade foi ou não observada.

### TÍTULO III

#### **Avaliação do testemunho relativamente ao conteúdo**

Nos dois títulos precedentes tratamos de investigar quais são, para a justa apreciação do testemunho, os critérios dirigentes que é necessário seguir sob o ponto de vista do *sujeito* que afirma, e sob o da *forma* por que a afirmação tem lugar; mas isso não basta. A testemunha pode apresentar na sua pessoa, abstraindo do seu testemunho, todos os requisitos que a tornam mais digna de fé; pode, além disso, fazer a sua afirmação pela melhor forma, isto é, pela que se reputa mais eficaz para fazer acreditar a verdade do seu testemunho; e não obstante este testemunho, pode apresentar-se como não possuindo valor algum probatório, por razões inerentes ao seu *conteúdo*. Eis aqui, portanto, o terceiro ponto de vista sob que se atende ao testemunho, afim de o poder avaliar concretamente com a maior exactidão possível.



Depois de ter examinado o valor concreto do testemunho em relação ao seu *sujeito* e em relação à sua *forma*, passamos agora a considerá-lo também relativamente ao seu *conteúdo*; é esta a matéria dêste terceiro título. I

Em primeiro lugar, é conveniente observar que os critérios de avaliação, subjectivos e formais, de que nos ocupamos precedentemente, são todos êles critérios extrínsecos em relação ao conteúdo do testemunho: aumentam ou diminuem a fé na verdade dos factos afirmados sempre por razões extrínsecas às afirmações têtemunhais, consideradas em si mesmas, e cuja fé se avalia. Já assim não ó quanto aos critérios de que nos estamos ocupando, isto é, àquêles derivados da consideração do conteúdo do testemunho; esta última espécie de critérios pode aumentar a fé no testemunho, como pode diminuí-la ou destruí-la, tanto por razões intrínsecas, como por razões extrínsecas, à afirmação considerada em si mesma.

Tanto a credibilidade, como a incredibilidade, a verosimilhança ou a inverosimilhança das afirmações têtemunhais, como, a natureza dubitativa, ou afirmativa, da afirmação; tanto a maior como a menor determinação dos factos afirmados ;\* tanto referir por sciêneia própria como por ouvir dizer, dar ou não dar a razão da própria sciêneia: são todos êstes critérios intrínsecos de avaliação, derivados da consideração do testemunho em si mesmo, na sua íntima e particular natureza.

Vice-versa, a contradição ou a contestação dos testemunhos por outros precedentes da mesma têtemunha, ou de outrem, e em geral por outras provas particulares, é um critério extrínseco de avaliação, que não assenta no testemunho em si, mas na relação do testemunho com outras provas em geral.

Façamos aqui uma observação explicativa. Classificamos os critérios de avaliação do testemunho em *intrínsecos* e *extrínsecos* ao seu conteúdo, - não se julgue, por isso, esta classificação, equipolente à outra que poderia fazer-se de critérios *directos* e *indirectos* de avaliação. Os têtmos das duas distinções não se correspondem, não tendo uma compreensão idêntica. Os critérios extrínsecos são sempre indirectos; mas nem todos os critérios

intrínsecos são directos: há critérios intrínsecos directos e critérios intrínsecos indirectos.

Não nos acusem, por isso, de inexactidão se se encontram enumerados como critérios *intrínsecos*, critérios que acreditam ou desacreditam o valor do testemunho só *indirectamente*. Por exemplo, o facto de dar, ou não, a razão da própria ciência só *indirectamente* pode esclarecer sobre a verdade do testemunho; mas não deixa, por isso, de ser um critério intrínseco de avaliação, por isso que deriva da consideração do próprio testemu-

inho em si, no seu conteúdo, e não da consideração de relações extrínsecas suas. Julgamos conveniente fazer esta observação, para que não seja mal entendida por alguém a nossa distinção; por amor de precisão e de clareza, preferimos até arriscar-nos à possibilidade de acusações tôlas.

Em seguida a isto, passemos a fazer uma referência particular sobre cada um dos critérios supracitados, que se deduzem da consideração do conteúdo do testemunho, e servem para o avaliar.

1.º Já desenvolvemos em lugar próprio, as noções de *crível* e de *incrível*; não nos parece, por isso, necessário determo-nos agora sobre essa matéria, bastando a sua simples referência àquilo de que aqui nos ocupamos, isto é, à fé que deve concretamente inspirar a prova têtemunhal.

Como é condição imprescindível de tôda a fé no têtemunho, a *credibilidade* do seu conteúdo, é por isso claro que a sua *incredibilidade* é destruidora de tôda a fé.

A incredibilidade, portanto, do conteúdo do testemunho pode referir-se tanto aos factos que a têtemunha afirma, como ao modo como diz tê-los percebido; e tanto em um como em outro caso, todos compreendem que o testemunho não tem valor algum probatório; e é por isso excluído do campo das provas.

Se a têtemunha vem dizer ter visto Tício roubar uma montanha, pondo-a às costas, e levando-a consigo, o seu testemunho não terá valor algum, pela incredibilidade dos factos afirmados. Se a têtemunha vem contar-nos a scena de sangue passada no interior de um quarto fechado, afirmando tê-la visto, estando

do lado de fora, através das suas paredes sem aberturas, que se achavam entre êle e o homicida, o seu testemunho não terá igualmente valor algum, devido à incredibilidade do modo de o perceber. Êstes testemunhos, mesmo quando provenham de uma tês-temunha digna de tôda a fê, abstraindo destas afirmações; mesmo que sejam narradas pela forma mais perfeita possível; nunca poderão ter valor probatório.

2.º Se a incredibilidade do conteúdo do testemunho lhe destrói tôda a fê, a sua *inverosimilhança*, diminui-lhe a fê. I Falando aqui de *verosimilhança*, não a entendemos no sentido restrito determinado por nós em outra parte, isto é, no sentido do primeiro grau da probabilidade. Aqui, entendemos por *verosimilhança* a conformidade do conteúdo têtemunhal com o que a experiência a êle vem jantar como modo de ser e de actuar ordinário das coisas e dos homens. O que se verifica *ordi-*

*nària mente* na generalidade dos casos, é provável que se verifique no caso particular; e por isso o que se apresenta como conforme ao *ordinário*, resolve-se no *provável*. *Verosimilhança*, portanto, entende-se aqui no sentido do que se apresenta como semelhante à verdade. Ora, do mesmo modo que o que se apresenta *como verdade* à consciência, se resolve subjectivamente em *certeza*, o que se apresenta *como semelhante à verdade*, resolve-se subjectivamente em probabilidade. *Verosimilhança*, portanto, no sentido em que a entendemos, resolve-se em *probabilidade* genèricamente entendida, em todos os seus vários e possíveis graus, e a *inverosimilhança*, portanto, no sentido contraposto de improbabilidade.

Determinado assim o sentido das palavras, é claro que como a maior ou menor *verosimilhança* do conteúdo da afirmação, gera um aumento proporcional de fê no testemunho, assim a sua *inverosimilhança* é causa de diminuição da sua fê.

Tanto a *inverosimilhança*, como a *incredibilidade*, podem referir-se tanto aos factos que a têtemunha afirma, quanto ao modo como diz tê-los percebido; e quer num quer noutro caso, é sempre causa de diminuição de fê, maior ou menor, segundo o

grau de inverosimilhança é maior ou menor. Se a testemunha vem afirmar ter visto uma rapariga inerte agredir um mancebo, aparentando vigor ordinário, bater-lhe e derrubá-lo a seus pés; a sua narrativa inspirará pouca fé, pela inverosimilhança dos factos afirmados. Ordinariamente os homens são mais fortes que as mulheres, e por isso, a não ser que exista um vigor excepcional naquela dada rapariga, ou uma fraqueza excepcional naquele dado homem, as afirmações da testemunha serão tanto menos críveis, quanto mais inverosímeis pareçam os factos afirmados. Assim, pois, se a testemunha vem narrar detalhadamente as palavras havidas entre Tício e Caio, e depois uma luta travada entre eles, dizendo ter observado estando a duzentos metros de distância, o seu testemunho inspirará pouca fé pela inverosimilhança de uma exacta percepção àquela distância. Ordinariamente, àquela distância, aos olhos e aos ouvidos do homem escapam os detalhes, e por isso, a não ser que exista um extraordinário poder nêstes dois sentidos da testemunha, as suas afirmações inspirarão tanto menor fé quanto maior inverosimilhança apresentem.

3.º Podem encontrar-se em uma determinada testemunha condições fisiológicas ou patológicas peculiares tais, que criem nela uma perfeição particular, ou uma imperfeição particular nas suas observações; coisa que, por uma consequência natural, eleva ou abaixa o valor probatório do seu testemunho, emquanto à matéria que se refere à particular perfeição ou à imperfeição da sua observação. O estudo destas condições individuais fisiológicas ou patológicas entra no exame do *sujeito* do testemunho, pertencendo, assim, à avaliação que denominamos subjectiva.

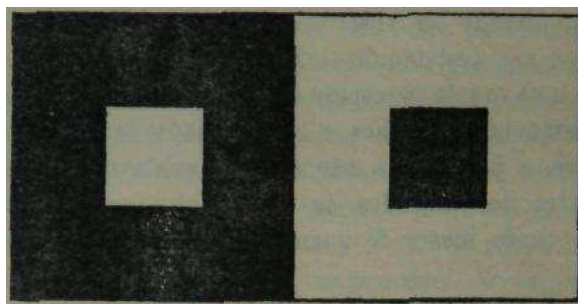
Mas, à parte êstes êrros de observação que por condições individuais são para temer em uma dada testemunha, êrros há de observação que se produzem normalmente em uma dada matéria, em todos os homens.

Êstes êrros comuns não entram na avaliação subjectiva, por isso que não são determinados por condições particulares *da pessoa* da testemunha; mas entram, ao contrário, na avaliação objectiva, por isso que são determinados pela *particular matéria*

*sensível*, que actua por tal modo sobre os sentidos de todos que gera normalmente ilusões.

Quando o conteúdo do testemunho tem por objecto uma tal matéria, uma matéria em que as ilusões são comuns, é necessário tomar isso em conta na avaliação objectiva do testemunho, levá-lo em conta para não lhe atribuir um valor probatório superior ao que merece.

Não se ponha, pois, em dúvida a existência destas particulares matérias de sensação, que como as impressões que produzem, levam o espírito a erros, conduzindo-o a juízos erróneos.



Kg. 1

Seria descabido fazer aqui uma enumeração de todas as ilusões comuns e infalíveis, em que nos fazem cair os sentidos; mas julgamos útil mencionar algumas, para esclarecimento da nossa tese, escolhendo-as de entre as provocadas pelo sentido da vista, que é dos mais perfeitos.

■ Um primeiro exemplo: São dois quadrados perfeitamente iguais, um preto sobre fundo branco, um branco sobre fundo preto. Pois bem, o quadrado preto sobre fundo branco parecerá sempre maior que o branco sobre fundo preto, não obstante a perfeita igualdade de ambos (Fig. 1).

Segundo exemplo: Suponhamos que de duas rectas horizontais, perfeitamente iguais entre si, uma termina em cada um dos seus extremos com duas linhas convergindo em um ângulo interno sobre a linha horizontal, e a outra termina, em cada

uma das suas extremidades, com duas linhas convergindo em ângulo externo; pois bem, a segunda parecerá aos olhos de todos como sendo mais comprida que a primeira, não obstante a sua perfeita igualdade (Fig. 2).

Terceiro exemplo: Suponhamos que uma área perfeitamente quadrada é atravessada tôda ela por linhas horizontais ou verticais; pois bem, o quadrado deixara de parecer quadrado (Fig. 3).

Outros dois exemplos, e termino.

Quem diria que as duas linhas horizontais *a* e *b*, comquanto paralelas, não sejam curvas, dilatando-se na parte média para o exterior? E contudo, se se medirem, o seu paralelismo encontrar-se há perfeito.

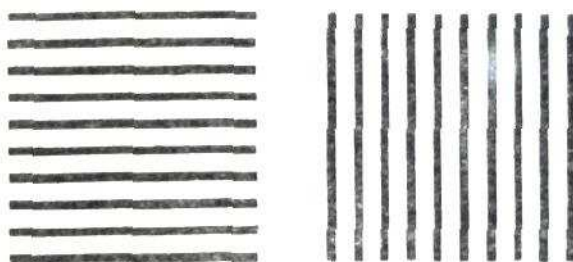
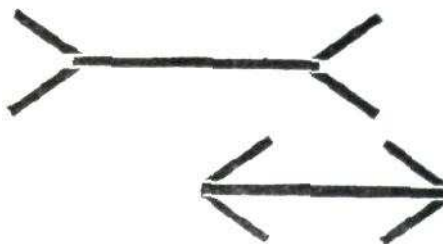


Fig. 8

£ que a vista é arrastada ao êrro pelas linhas transversais que partem em sentido diverso da primeira (Fig. 4).

Mais ainda: ninguém diria que as quatro rectas verticais 1, 2, 3, 4, são paralelas entre si. Pois bem, é também esta uma ilusão: elas são perfeitamente paralelas. Também aqui a vista é levada em êrro pelas Unhas transversais que cortam as quatro rectas (Fig. 5).

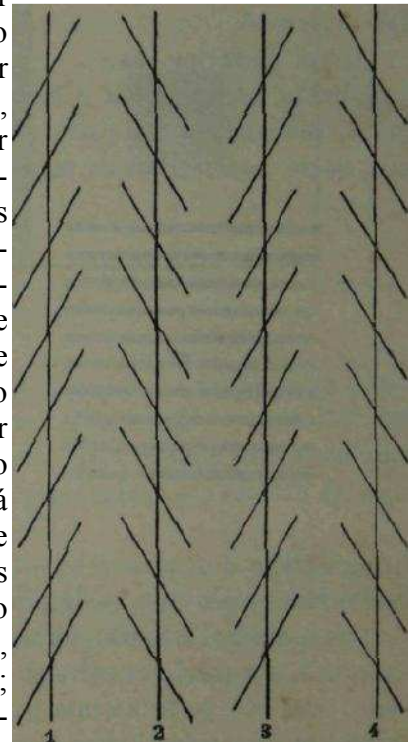
E poderia continuar; mas bastam os exemplos acima expostos para demonstrar claramente como na realidade existem pode-

rosas ilusões, comuns a todos, e como, por isso, nas matéria»



sensíveis que se referem àquelas ilusões, a lógica não permite que «se dispense uma fé absoluta ao conteúdo do» testemunhos.

ara uma exacta <sup>Fig. 4</sup> avaliação da prova testemunhal, é necessário atender, além da natureza do facto percebido, ao ambiente de espaço e de lugar em que a percepção do facto se verificou. Segundo a maior ou menor agudeza dos sons, assim eles se podem perceber mais ou menos longe; e condições há de espaço que os tornam mais ou menos exactamente perceptíveis. Há condições de espaço que modificam as impressões que recebemos de um dado objecto, e nos fazem perceber as distâncias de um modo diverso do ordinário. Há condições de tempo que tornam mais ou menos vivas as sensações: de noite, no meio do grande silêncio, percebem-se melhor os sons; de dia, por meio da luz, tem-se uma visão mais clara das coisas; e assim por diante.



Estas considerações objectivas, e <sup>Fig. 5</sup> outras análogas, darão muitas vezes o exacto valor probatório de um dado testemunho ; e por isso não devem desprezar-se.



4.º Dado um testemunho perfeito relativamente ao sujeito, à forma e ao conteúdo, êle terá sempre uma eficácia decisiva na ação do convencimento; e essa eficácia, emquanto à certeza dos factos asseverados, do espírito da têtemunha comunicar-se há ao do juiz. A grande eficácia probatória, portanto, de um testemunho apoia-se, na hipótese de certeza dos factos, na têtemunha ; certeza que se resolve objectivamente em um conteúdo têtemunhal afirmativo. Quanto mais distante parece a dúvida da afirmação da têtemunha, tanto maior fôrça probatória adquire o testemunho; e vice-versa, quanto mais dubitativas parecem as declarações da têtemunha, tanto mais diminui a sua fôrça probatória. E claro, sem necessidade de comentários: *com parece-me* não equivalem nunca a um *é assim*. Eis aqui, portanto, outro critério objectivo para a avaliação do testemunho: a natureza afirmativa ou dubitativa do seu conteúdo.

5.º Dissemos no número precedente que o testemunho não pode exercer a sua grande influência probatória, senão quando a certeza do espírito da têtemunha, passa para o do juiz; e vimos que o conteúdo dubitativo, que exclui a certeza na têtemunha, exclui a grande eficácia probatória sôbre o espírito do juiz. Ora, observaremos que, se o conteúdo dubitativo do testemunho exclui a certeza do testemunho, muito mais a exclui o conteúdo contraditório, quando não faça imediatamente suspeitar da mentira. Sempre que o conteúdo do testemunho inclui uma contradição nas suas partes, êle perde logicamente valor probatório. Perde valor no *todo*, se a contradição é relativa ao facto principal, de modo que não seja possível a hipótese de um defeito momentâneo de memória ou de atenção, corrigido em seguida; como quando a têtemunha, depois de ter dito que Ticio matou Caio com uma facada, acaba por dizer que o matou com um tiro de pistola. Perde o seu valor em *parte*, quando a contradição recai sôbre circunstâncias acessórias; como quando a têtemunha depois de ter dito que Ticio estava vestido por uma forma, acaba por afirmar que estava vestido de outro modo. Nêste segundo caso, isto é, no caso de contradição sôbre circunstâncias acessórias, pode por vezes a têtemunha explicar a sua contradição, mos-



trando ter chamado à sua mente melhor aquelas circunstâncias, sôbre que a principio depusera menos pensadamente; e nêste caso, anmenta-se a fé no testemunho.

Como, portanto, a concordância entre as várias partes do contendo têtemunhal, é condição da eficácia probatória do têtemunho, assim a contradição entre elas, destrói o valor do têtemunho.

6.º O conteúdo de um testemunho terá tanto maior valor, quanto melhor reproduzir a realidade concreta dos factos. Ora, os factos reais e concretos são todos determinados; factos concretamente reais, indeterminados, não existem na natureza; e por isso o testemunho terá tanto maior valor, qnanto melhor determinar os factos que afirma; e o seu valor diminuirá até reduzir-se a nada, à medida que se apresenta mais indeterminado.

À determinação, pois, do conteúdo do testemunho tem um duplo objecto: o facto em si, e o ambiente, direi assim, em que o facto se efectuou, a natureza individual, por outros têtmos, do facto real que se afirma ter-se percebido, e as circunstâncias de tempo e de lugar em que êle se realizou.

Falando da determinação do facto e das circunstâncias em que o facto se realizou, não entendemos já cingir-nos ao facto do delito, e muito menos a todo o facto do delito: não ao facto do delito, porquanto nem todo o testemunho é directo; não a todo o facto do delito, porquanto o testemunho, que faça fé de todo o delito, é mais uma hipótese teórica, que uma realidade prática. Falando de determinação do facto e das suas circunstâncias, entendemos falar daquele facto, qualquer que seja, que o testemunho atesta, quer delituoso, quer estranho ao delito. O testemunho tem sempre por conteúdo imediato a afirmação de um facto qualquer; e nós, referindo o valor probatório do testemunho a êsse facto qualquer, a que o testemunho se refere imediatamente, dizemos que êle está tanto melhor provado quanto mais *determinadamente* é afirmado.

Naturalmente, quando o testemunho é directo, quando tem por objecto imediato o delito, será mais que nunca necessária a determinação: se o facto do delito se não apresenta determina-

damente verificado em juízo, é impossível legitimar-se uma condenação. Ainda que sejam mil as testemunhas a afirmar simplesmente, sem mais, que Tício matou um homem, esta afirmação indeterminada nunca poderá ter força para dar a certeza do homicídio de Tício, e nunca poderá, por isso, servir legitimamente de base a uma condenação. O homicídio de Tício nunca poderá provar-se pela simples afirmação: Tício matou um homem. É necessário que se prove que homem ele matou, porque, onde e quando o matou. É então que o facto do delito se apresentará perante a consciência dos julgadores com aquelas determinações com que se realizou no mundo dos factos; é então somente que poderá ser legítima a condenação. O juiz, deve, no conjunto das provas, encontrar resposta a todas aquelas perguntas que foram reunidas por uma velha fórmula da seguinte maneira:

*Quis? quid? ubi? quibus auxiliis? cur? quomodo? quando?*

O testemunho que se apresenta com um conteúdo indeterminado, não pode dar a segurança de uma percepção real dos factos; por isso que os factos concretos, sendo determinados, só podem ser realmente percebidos como factos materiais através das suas determinações materiais, e só podem perceber-se como factos morais através das determinações morais.

7.º O conteúdo do testemunho, conforme dissemos, adquire valor probatório pela determinação dos factos afirmados. Mas a determinação dos factos afirmados seria nula se se não determinasse também como, quando e onde é que aqueles factos foram percebidos pela testemunha. A testemunha deve apresentar a razão da sua ciência, disseram os práticos; e dar a razão desta ciência consiste precisamente em determinar o como, o quando e o onde da própria percepção.

O testemunho tem tanto de valor probatório, quanto de exactidão tem a percepção dos factos afirmados. Ora, quando se não sabe como a percepção teve lugar, não pode ter-se fé na sua exactidão. Ou a determinação do como, do onde, do quando da percepção não provoca dúvida alguma a seu respeito, e então o testemunho exercerá toda a sua eficácia probatória; ou faz sur-

gir dúvidas sobre a exactidão da percepção, e então poder-se há, nos casos adequados, recorrer às experiências judiciais, que segundo o resultado, concorde ou discorde, com o dito testemunho,

fortificarão ou destruirão a sua fé. A consideração, portanto, da razão da ciência, é também de grande importância na avaliação objectiva do testemunho. 8.º Uma testemunha pode afirmar um dado facto por *sciência própria*, ou por *ouvir dizer*: ou refere que ela própria percebeu, ou refere o que outrem lhe contou. Todos entendem

que relativamente à certeza de um mesmo facto, o testemunho por ciência própria tem um valor probatório grandemente superior ao testemunho por ouvir dizer, do mesmo modo e pelas mesmas razões que expozemos em outro lugar, segundo as quais a prova original é superior à não original.

Eu disse: relativamente à certeza de um mesmo facto, porquanto *relativamente ao seu objecto particular imediato* também a testemunha por ouvir dizer pode ter maior valor probatório. O objecto imediato desta espécie de testemunho é a narração feita por outrem à testemunha; e compreende-se que relativamente *a essa narração* não há razão alguma para que o testemunho de ouvir dizer não possa atingir a máxima credibilidade: o testemunho por ciência própria tem tanta força para afirmar *os factos percebidos pela testemunha*, factos que são o seu objecto imediato, quanta é a força que tem o testemunho de ouvir dizer para afirmar *a narração dos factos ouvidos pela testemunha*, narração que é o objecto imediato desta segunda espécie de testemunho. A diferença de valor probatório, entre os dois testemunhos, só se manifesta quando, relativamente ao mesmo objecto imediato do testemunho por ciência própria, se considera, não só esse testemunho, mas também o testemunho por ouvir dizer: relativamente aos factos que o primeiro depoimento afirma como percebidos pela própria testemunha, e o segundo afirma como narrados à testemunha por outrem, todos vêem que a diferença de valor probatório é muito grande.

Relativamente a estes factos o testemunho por ouvir dizer não é propriamente uma prova: não é mais que uma prova da

prova daqueles factos, uma prova que pode ter muitíssimo valor, uma prova que é sempre fraca, porquanto se produz sem as vantagens e as garantias que são inerentes à natureza judicial da prova. Há sempre, nesta espécie de testemunho, duas categorias de motivos infirmantes a que deve atender-se: os que podem referir-se à primeira têtemunha, e os que podem referir-se à segunda. E a soma das fraquezas dos depoimentos crescerá proporcionalmente, à medida que crescem os graus de não originalidade ; como quando se trata de um ouvir dizer de segundo, de terceiro ou de quarto grau. E a soma destas fraquezas crescerá indefinidamente, se o ouvir dizer se perde em origens indeterminadas e anónimas.

9.º Mostramos como, atendendo-se ao conteúdo do testemunho, nêle se notam razões intrínsecas que conduzem ao aumento, à diminuição ou à extinção do seu valor probatório.

Mas o valor probatório do testemunho, também o dissemos, pode perder ou adquirir fôrça, não só por razões intrínsecas, mas também por razões extrínsecas ao conteúdo. Vejamo-lo:

Tem lugar um testemunho. O conteúdo dêste testemunho, considerado em si mesmo, não apresenta razão alguma de descrédito; mas considerado, ao contrário, em relação ao conteúdo de outro testemunho, proveniente da mesma ou de outra têtemunha, pode, sob êste aspecto extrínseco, perder de valor probatório, ou também adquiri-lo: perder, pela *contradição* do testemunho que se avalia, com outro da mesma ou de outra têtemunha; adquiri-lo, pela *natureza contêste* do testemunho que se avalia, com outro da mesma ou de outra têtemunha.

Principiemos por considerar a contradição de um depoimento com outro depoimento da mesma têtemunha.

A têtemunha que percebeu a verdade, e que pretende afirmá-la, não varia nos seus sucessivos depoimentos, porquanto a verdade é sempre a mesma. Quando, ao contrário, se mente, então são naturais as variações, porquanto nas mentiras se é guiado pela imaginação, e a imaginação é variável pela sua própria natureza. Eis porque a contradição entre o conteúdo de um depoimento e o do precedente, desacredita o valor do depoimento.

E necessário, por isso, observar que este descrédito cessa, ou diminui grandemente, quando o testemunho apresenta uma razão suficiente de ter variado; razão suficiente, que é mais fácil indicar quando a alteração recai sobre circunstâncias acessórias; e que é mais difícil designar, quando a alteração recai sobre o facto principal. Emquanto às circunstâncias acessórias, a pouca atenção que se lhes presta, ligada à pergunta, ao embaraço, à confusão e à inconsideração de um primeiro depoimento, pode justificar, relativamente a este, o erro que em seguida se vem a corrigir no segundo depoimento, prestado depois de uma madura reflexão. A testemunha afirmou, em primeiro interrogatório, que uma dada distância era de cem metros; em um segundo, afirma, ao contrário, que é de duzentos, acrescentando tê-la medido depois do primeiro interrogatório: esta alteração não desacreditará o testemunho, mas acreditá-lo há, mostrando a testemunha escrupulosa nas suas afirmações.

Vice-versa, emquanto ao facto principal que deve ter produzido impressões não fáceis de destruir no espírito da testemunha, já não são aceitáveis aquelas justificações; e para acreditar o segundo depoimento não se apresenta senão a hipótese de que a testemunha, tendo mentido da primeira vez, queira dizer a verdade da segunda. Quem primeiro disse que Tício não fez nada contra Caio, quando vem depois afirmar que foi Tício quem apunhalou Caio, não pode justificar-se a sua mudança com o pretexto de ter errado da primeira vez, por falta de atenção, por confusão, por embaraço, por não ter considerado bem. Estes pretextos vão desacreditariam principalmente o actual depoimento da testemunha. Terá mais crédito o seu segundo depoimento se ele afirmar ter mentido a princípio por dó do acusado, e querer agora dizer a verdade por ter reflectido na grande responsabilidade moral e legal em que incorre.

Do mesmo modo que para o facto principal, assim também para algumas circunstâncias, tão notáveis na sua ligação com o facto principal que não possam esquecer-se sem o esquecer, não se pode, sequer, apresentar o pretexto de um esquecimento momentâneo, corrigido pelo segundo depoimento. Assim, quem,

depois de ter dito em um primeiro depoimento ter visto Tício apunhalar Caio na manhã de um certo dia, viesse dizer depois ter isso sucedido na noite daquele dia, não poderia ser acreditado afirmando ter feito a primeira afirmação por falta de atenção.

Em geral, apresentando-se um testemunho em contradição com outro precedente da mesma testemunha, a medida do seu valor probatório será determinada pela maior ou menor seriedade de razões que apresenta a testemunha, para explicar a alteração ocorrida.

Como a variedade de afirmações nos sucessivos interrogatórios da mesma testemunha deprecia o valor do seu testemunho, assim também a sua constância de afirmações aumenta o seu valor.

Passemos à contradição entre depoimentos de diversas testemunhas.

Existindo vários depoimentos de diversas testemunhas sobre o mesmo assunto, o seu conteúdo pode ser contraditório em quanto ao *facto principal*, ou emquanto às *circunstâncias acessórias*.

Dois testemunhos que se contradizem entre si sobre o assunto principal, perdem todo o valor probatório elidindo-se reciprocamente, dada a sua igual credibilidade em tudo o mais. Assim, se uma testemunha afirma que a facada foi vibrada por Tício, e outra, que o foi por Caio.

A contradição, pois, sobre as circunstâncias acessórias, comquanto não destrua a credibilidade do testemunho, enfraquece-a, contudo, consideravelmente. Assim, se uma testemunha afirma que o agressor tinha um casaco branco, e outra afirma ao contrário, que era preto.

Os práticos, falando da discordância entre vários testemunhos sobre um dado facto, chamaram-lhe *singularidade*, e distinguiram esta em *impediente*, *diversificativa* e *adminiculativa*. A sua *singularidade impediente* seria a contradição sobre o *facto principal*, e a *diversificativa*, a contradição sobre as circunstâncias acessórias. Emquanto a *singularidade adminiculativa*, esta não é mais que uma contradição aparente, e não real, sobre as circunstâncias acessórias: é uma discordância conciliável

trando ter chamado à sua mente melhor aquelas circunstâncias, sôbre que a princípio depusera menos pensadamente; e nêste caso, aumenta-se a fé no testemunho.

Gomo, portanto, a concordância entre as várias partes do conteúdo têtemunhal, é condição da eficácia probatória do teste-munho, assim a contradição entre elas, destrói o valor do testemunho.

6.º O conteúdo de um testemunho terá tanto maior valor, quanto melhor reproduzir a realidade concreta dos factos. Ora, os factos reais e concretos são todos determinados; factos concretamente reais, indeterminados, não existem na natureza; e por isso o testemunho terá tanto maior valor, quanto melhor determinar os factos que afirma; e o seu valor diminuirá até reduzir-se a nada, à medida que se apresenta mais indeterminado.

A determinação, pois, do conteúdo do testemunho tem um duplo objecto: o facto em si, e o ambiente, direi assim, em que o facto se efectuou, a natureza individual, por outros têtmos, do facto real que se afirma ter-sê percebido, e as circunstâncias de tempo e de lugar em que êle se realizou.

Falando da determinação do facto e das circunstâncias em que o facto se realizou, não entendemos já cingir-nos ao facto do delito, e muito menos a todo o facto do delito: não ao facto do delito, porquanto nem todo o testemunho é directo; não a todo o facto do delito, porquanto o testemunho, que faça fê de todo o delito, é mais uma hipótese teórica, que uma realidade prática. Falando de determinação do facto e das suas circunstâncias, entendemos falar daquele facto, qualquer que seja, que o testemunho atesta, quer delituoso, quer estranho ao delito. O testemunho tem sempre por conteúdo imediato a afirmação de um facto qualquer; e nós, referindo o valor probatório do testemunho a êsse facto qualquer, a que o testemunho se refere imediatamente, dizemos que êle está tanto melhor provado quanto mais *determinadamente* ó afirmado.

Naturalmente, quando o testemunho é directo, quando tem por objecto imediato o delito, será mais que nunca necessária a determinação: se o facto do delito se não apresenta determina-

damente verificado em juízo, é impossível legitimar-se uma condenação. Ainda que sejam mil as testemunhas a afirmar simplesmente, sem mais, que Tício matou um homem, esta afirmação indeterminada nunca poderá ter força para dar a certeza do homicídio de Tício, e nunca poderá, por isso, servir legitimamente de base a uma condenação. O homicídio de Tício nunca poderá provar-se pela simples afirmação: Tício matou um homem. É necessário que se prove que homem ele matou, porque, onde e quando o matou. É então que o facto do delito se apresentará perante a consciência dos julgadores com aquelas determinações com que se realizou no mundo dos factos; é então somente que poderá ser legítima a condenação. O juiz, deve, no conjunto das provas, encontrar resposta a todas aquelas perguntas que foram retinidas por uma velha fórmula da seguinte maneira:

*Quis? quid? ubi? quibus auxiliis? cur? quomodo? quando?*

O testemunho que se apresenta com um conteúdo indeterminado, não pode dar a segurança de uma percepção real dos factos; por isso que os factos concretos, sendo determinados, só podem ser realmente percebidos como factos materiais através das suas determinações materiais, e só podem perceber-se como factos morais através das determinações morais.

7.º O conteúdo do testemunho, conforme dissemos, adquire valor probatório pela determinação dos factos afirmados. Mas a determinação dos factos afirmados seria nula se se não determinasse também como, quando e onde é que aqueles factos foram percebidos pela testemunha. A testemunha deve apresentar a razão da sua ciência, disseram os práticos; e dar a razão desta ciência consiste precisamente em determinar o como, o quando e o onde da própria percepção.

O testemunho tem tanto de valor probatório, quanto de exactidão tem a percepção dos factos afirmados. Ora, quando se não sabe como a percepção teve lugar, não pode ter-se fé na sua exactidão. Ou a determinação do como, do onde, do quando da percepção não provoca dúvida alguma a seu respeito, e então o testemunho exercerá toda a sua eficácia probatória; ou faz sur-



gir dúvidas sobre a exactidão da percepção, e então poder-se há, nos casos adequados, recorrer às experiências judiciais, que segundo o resultado, concorde ou discorde, com o dito testemunho,

fortificarão ou destruirão a sua fé. A consideração, portanto, da razão da ciência, é também de grande importância na avaliação objectiva do testemunho.

8.º Uma testemunha pode afirmar um dado facto por *sciência própria*, ou por *ouvir dizer*: ou refere que ela própria percebeu, ou refere o que outrem lhe contou. Todos entendem que, relativamente à certeza de um mesmo facto, o testemunho por ciência própria tem um valor probatório grandemente superior ao testemunho por ouvir dizer, do mesmo modo e pelas mesmas razões que expozemos em outro lugar, segundo as quais I a prova original é superior à não original.

Eu disse: relativamente à certeza de um mesmo facto, porquanto *relativamente ao seu objecto particular immediato* também a testemunha por ouvir dizer pode ter maior valor probatório. O objecto 'imediato desta espécie de testemunho é a narração feita por outrem à testemunha; e compreende-se que relativamente *a essa narração* não há razão alguma para que o testemunho de ouvir dizer não possa atingir a máxima credibilidade : o testemunho por ciência própria tem tanta força para afirmar *os factos percebidos pela testemunha*, factos que são o seu objecto immediato, quanta é a força que tem o testemunho de ouvir dizer para afirmar *a narração dos factos ouvidos pela testemunha*, narração que é o objecto immediato desta segunda espécie de testemunho. A diferença de valor probatório, entre os dois testemunhos, só se manifesta quando, relativamente ao mesmo objecto immediato do testemunho por ciência própria, se considera, não só esse testemunho, mas também o testemunho por ouvir dizer: relativamente aos factos que o primeiro depoimento afirma como percebidos pela própria testemunha, e o segundo afirma como narrados à testemunha por outrem, todos vêem que a diferença de valor probatório é muito grande.

Relativamente a estes factos o testemunho por ouvir dizer não é propriamente uma prova: não é mais que uma prova da

prova daqueles factos, uma prova que pode ter muitíssimo valor, uma prova que é sempre fraca, porquanto se produz sem as vantagens e as garantias que são inerentes à natureza judicial da prova. Há sempre, nesta espécie de testemunho, duas categorias de motivos infirmantes a que deve atender-se: os que podem referir-se à primeira têtemunha, e os que podem referir-se à segunda. E a soma das fraquezas dos depoimentos crescerá proporcionalmente, à medida que crescem os graus de não originalidade; como quando se trata de um ouvir dizer de segundo, de terceiro ou de quarto grau. E a soma destas fraquezas crescerá indefinidamente, se o ouvir dizer se perde em origens indeterminadas e anónimas.

9.º Mostramos como, atendendo-se ao conteúdo do testemunho, nêle se notam razões intrínsecas que conduzem ao aumento, à diminuição ou à extinção do seu valor probatório.

Mas o valor probatório do testemunho, também o dissemos, pode perder ou adquirir fôrça, não só por razões intrínsecas, mas também por razões extrínsecas ao conteúdo. Vejamo-lo:

Tem lugar um testemunho. O conteúdo dêste testemunho, considerado em si mesmo, não apresenta razão alguma de descrédito; mas considerado, ao contrário, em relação ao conteúdo de outro testemunho, proveniente da mesma ou de outra têt-

te munha, pode, sob êste aspecto extrínseco, perder de valor probatório, ou também adquiri-lo: perder, pela *contradição* do testemunho que se avalia, com outro da mesma ou de outra têtemunha; adquiri-lo, pela *natureza contêste* do testemunho que se avalia, com outro da mesma ou de outra têtemunha.

Principiemos por considerar a contradição de um depoimento com outro depoimento da mesma têtemunha.

A têtemunha que percebeu a verdade, e que pretende afirmá-la, não varia nos seus sucessivos depoimentos, porquanto a verdade é sempre a mesma. Quando, ao contrário, se mente, então são naturais as variações, porquanto nas mentiras se é guiado pela imaginação, e a imaginação é variável pela sua própria natureza. Eis porque a contradição entre o conteúdo de um depoimento e o do precedente, desacredita o valor do depoimento.

E necessário, por isso, observar que êste descrédito cessa, ou diminui grandemente, quando o testemunho apresenta uma razão suficiente de ter variado; razão suficiente, que é mais fácil indicar quando a alteração recai sobre circunstâncias acessórias; e que é mais difícil designar, quando a alteração recai sobre o facto principal. Emquanto às circunstâncias acessórias, a pouca atenção que se lhes presta, ligada à pergunta, ao embaraço, à confusão e à inconsideração de um primeiro depoimento, pode justificar, relativamente a êste, o erro que em seguida se vem a corrigir no segundo depoimento, prestado depois de uma madura reflexão. A testemunha afirmou, em primeiro interrogatório, que uma dada distância era de cem metros; em um segundo, afirma, ao contrário, que é de duzentos, acrescentando tê-la medido depois do primeiro interrogatório: esta alteração não desacreditará o testemunho, mas acreditá-lo há, mostrando a testemunha escrupulosa nas suas afirmações.

Vice-versa, emquanto ao facto principal que deve ter produzido impressões não fáceis de destruir no espírito da testemunha, já não são aceitáveis aquelas justificações; e para acreditar o segundo depoimento não se apresenta senão a hipótese de que a testemunha, tendo mentido da primeira vez, queira dizer a verdade da segunda. Quem primeiro disse que Tício não fez nada contra Caio, quando vem depois afirmar que foi Tício quem apunhalou Caio, não pode justificar-se a sua mudança com o pretexto de ter errado da primeira vez, por falta de atenção, por confusão, por embaraço, por não ter considerado bem. Êstes pretextos vão desacreditariam principalmente o actual depoimento da testemunha. Terá mais crédito o seu segundo depoimento se êle afirmar ter mentido a princípio por dó do acusado, e querer agora dizer a verdade por ter reflectido na grande responsabilidade moral e legal em que incorre.

Do mesmo modo que para o facto principal, assim também para algumas circunstâncias, tão notáveis na sua ligação com o facto principal que não possam esquecer-se sem o esquecer, não se pode, sequer, apresentar o pretexto de um esquecimento momentâneo, corrigido pelo segundo depoimento. Assim, quem,

depois de ter dito em um primeiro depoimento ter visto Ticio apunhalar Gaio na manhã de um certo dia, viesse dizer depois ter isso sucedido na noite daquele dia, não poderia ser acreditado afirmando ter feito a primeira afirmação por falta de atenção.

Em geral, apresentando-se um testemunho em contradição com outro precedente da mesma testemunha, a medida do seu valor probatório será determinada pela maior ou menor seriedade de razões que apresenta a testemunha, para explicar a alteração ocorrida.

Gomo a variedade de afirmações nos sucessivos intêrrogatórios da mesma testemunha deprecia o valor do seu testemunho, assim também a sua constância de afirmações aumenta o seu valor.

Passemos à contradição entre depoimentos de diversas testemunhas.

Existindo vários depoimentos de diversas testemunhas sobre o mesmo assunto, o seu conteúdo pode ser contraditório emquanto ao *facto principal*, ou emquanto às *circunstâncias acessórias*

Dois testemunhos que se contradizem entre si sobre o assunto principal, perdem todo o valor probatório elidindo-se reciprocamente, dada a sua igual credibilidade em tudo o mais. Assim, se uma testemunha afirma que a facada foi vibrada por Ticio, e outra, que o foi por Gaio.

À contradição, pois, sobre as circunstâncias acessórias, comquanto não destrua a credibilidade do testemunho, enfraquece-a, contudo, consideravelmente. Assim, se uma testemunha afirma que o agressor tinha um casaco branco, e outra afirma ao contrário, que era preto.

Os práticos, falando da discordância entre vários testemunhos Pode um dado facto, chamaram-lhe *singularidade*, e distinguiram esta em *impediente*, *diversificativa* e *aãminiculativa*. A sua *singularidade impediente* seria a contradição sobre o facto principal, e a *diversificativa*, a contradição sobre as circunstâncias acessórias. Emquanto a *singularidade aãminiculativa*, esta não é mais que uma contradição aparente, e não real, sobre as circunstâncias acessórias: é uma discordância conciliável

entre o dizer de uma testemunha e o de outra; como quando uma testemunha afirmasse que Tício, o agressor, tinha o chapéu na cabeça, e outra afirmasse, ao contrário, que ele estava sem chapéu. Compreende-se facilmente, que o chapéu podia ter caído da cabeça de Tício, uma testemunha pode afirmar exactamente ter visto Tício com o chapéu, e outra tê-lo visto sem ele. Pelo que se compreende como esta singularidade pode não diminuir o valor probatório dos testemunhos.

O que diminui o valor dos testemunhos é a contradição entre eles. E esta depreciação é tanto maior, quanto mais difícil se torna explicar a contradição com a hipótese de erro casual, proveniente de falta de atenção ao perceber, ou de esquecimento ao referir. Quando a contradição recai sobre o facto principal, compreende-se a impossibilidade de sustentar o erro casual de falta de atenção ou de esquecimento. Quando a contradição recai, ao contrário, sobre as circunstâncias acessórias, o erro accidental poderia supôr-se mais ou menos facilmente, segundo a diversa natureza das circunstâncias, mais ou menos notáveis. Assim, se dois testemunhos se contradizem sobre o feitio do casaco do agressor, é coisa que não pode seriamente abalar a sua força probatória; trata-se de circunstâncias tão pouco notórias, que é naturalíssimo o erro de uma das testemunhas, e talvez até das duas. Os testemunhos podem portanto conservar, não obstante a contradição a esse respeito, todo o seu valor probatório sobre o restante. Se dois testemunhos se contradizem sobre a cor do casaco afirmando cores diversas, mas aproximadas, também neste caso não há razão de descrédito. À medida que as cores se vão afastando mais, e se torna menos fácil a sua confusão, vai tomando força a razão de descrédito; que se torna grandíssima, quando se chega aos dois extremos da escala das cores, afirmando uma testemunha: o agressor trazia um casaco preto; afirmando, ao contrário, outra: trazia um casaco branco. Torna-se máximo o descrédito, quando a contradição recai sobre uma circunstância tão notória, tão intimamente conexa à percepção do crime, que não pode perceber-se esta sem aquela. Quando a testemunha afirma ter visto apunhalar Tício de manhã, e outra afirma, ao

contrário, ter isto sucedido de noite, poderá acaso depositar-se fê nos seus depoimentos?

Concluindo: como a contradição entre os testemunhos os descredita, assim a falta de contradição conserva-lhes o valor probatório a que teem direito, devido a tôdas as suas outras considerações subjectivas, formais e objectivas. A *conformidade*, pois, dos testemunhos, isto é, a uniformidade de afirmações entre o conteúdo de um e o de outro, aumenta o valor probatório de cada um dos depoimentos, em razão directa do número e do valor das afirmações contêstes que tem.

#### TITULO IV

##### **Valor do testemunho clá»»ico**

Nos três títlos precedentes temos vindo analisando as razões de descrédito que podem lógicamente derivar da consideração do sujeito, da forma e do conteúdo do testemunho concreto.

Sempre que alguma destas razões de descrédito é inerente a um dado testemunho, quer seja por defeito no sujeito, quer na forma, quer no conteúdo, o testemunho denomina-se, em geral, *defectivo*. Sempre que, ao contrário, o testemunho se apresenta sem alguma daquelas razões de descrédito, denomina-se, em geral, *clássico*.

Testemunho *clássico* é, portanto, o que não tem defeitos de credibilidade, quer em razão do sujeito, quer em razão da forma, quer em razão do conteúdo. E assim como, tanto o ofendido, como o acusado, por isso que o são e depõem em seu interêsse, o que sucede ordinariamente, apresentam sempre, conquanto ténues, defeitos subjectivos de credibilidade, assim também quando se fala de testemunho clássico em geral, entendemos referir-nos principalmente ao testemunho de terceiros.

Além disso, sendo o testemunho clássico aquele que não apresenta razão alguma de descrédito, segue-se também, que

tôda a vez que se fale da máxima fôrça probatória de que é capaz o testemunho, entende falar-se do testemunho *clássico*. Êste, compreendem-no todos, é só por si a base legítima da certeza judiciária. Sempre que um facto nos é afirmado por um testemunho clássico, êsse facto apresenta-se como certo à nossa consciência; a dúvida não parece razoável. E é lógico: quando a têtemunha que afirma o facto, se nos apresenta como uma pessoa que não se engana e que não pretende enganar; quando o próprio conteúdo da sua afirmação nos parece reflectir a verdade; e a forma das suas afirmações nos aparece sem defeitos; porque havemos de duvidar? A máxima fôrça probatória têtemunhal encontra-se, portanto, no testemunho *clássico*.

Mas conquanto seja grande a eficácia do testemunho clássico, ela não é, contudo, ilimitada; a sua fôrça probatória tem limites racionais, de que, devido à importância da matéria e à multiplicidade das controvérsias, nos ocuparemos em capítulos distintos; capítulos, que, por motivo de método, desenvolveremos em lugar oportuno. Aqui, para integridade do estudo particular, limitar-nos hemos a designar sòmente, em que consistem êstes limites que sustam a fôrça probatória do testemunho.

São de três espécies: a primeira espécie deriva da consideração do número das pessoas que afirmam; as duas outras espécies derivam da consideração objectiva das coisas afirmadas.

1.º Ao avaliarmos o testemunho concreto em relação ao conteúdo, designamos como causa objectiva e extrínseca de descrédito a contradição do seu conteúdo com o de outro testemunho. E por isso um testemunho em contradição com outro, não é *clássico*, sob o ponto de vista do conteúdo.

Mas é necessário observar que, em geral, falando-se de contradições entre testemunho e testemunho, entende-se sempre falar de testemunhos de terceiros em contradição entre si; e por isso não se entende que desapareça a natureza de clássico do testemunho de terceiro, pela sua contradição com o testemunho do argüido.

Admitindo-se, porém, que o testemunho de terceiro não deixa de ser clássico pela sua contradição com o testemunho do

argüido, a lógica das provas, atendendo a esta espécie de testemunho clássico, marca, por tôdas as razões que desenvolveremos em lugar próprio, um primeiro limite à força probatória do testemunho clássico de terceiro, afirmando que êle, se é *único* a designar o réu, não pode sem o concurso de outras provas *indirectas*, vencer a afirmação contrária do argüido. Para que a declaração do argüido, pela própria qualidade de argüido na pessoa que afirma, seja considerada defectiva, e consequentemente inferior à declaração clássica de terceiro, é necessário que esta qualidade do argüido, que torna suspeita a sua declaração, não derive unicamente do próprio depoimento do terceiro que se quer fazer prevalecer; de outro modo cair-se há em um círculo vicioso: ora, quando o testemunho de um terceiro é o *único indicador do réu*, é por isso unicamente dêle que deriva a imputação.

Isto em quanto ao testemunho de terceiros. Mas o limite da *singularidade* é também considerado emquanto ao depoimento do ofendido e ao do argüido.

Emquanto à *singularidade* do testemunho do ofendido, sempre que êste testemunho, sem o auxílio de outras provas, mesmo *indirectas*, é o único indicativo do suposto delinqüente, e está em contradição com a declaração dêste, deve, com maioria de razão, chegar-se à mesma conclusão: não pode legitimamente produzir a certeza.

Emquanto, finalmente, ao testemunho do argüido, quando êle é a *única* prova da criminalidade, sendo o argüido só a acusar-se a si mesmo, sem o concurso de outras provas, mesmo *indirectas*, êste seu depoimento, como *único* testemunho, conquanto não contraditado, não pode contudo produzir a certeza: a espontaneidade e a singularidade probatória de tais acusações contra si próprio dão força preponderante a tôdas aquelas razões de descrédito que enfraquecem o valor da confissão, e que examinaremos em seguida. Condenar um homem sob a fé da sua palavra, é autorizar uma espécie de suicídio legal, ao mesmo tempo que uma criminalidade, que não existe senão nas palavras de um que se diz delinqüente, quando mesmo fôsse verdadeira,



não fazia sentir à sociedade a necessidade, que se resolve em direito, de punir.

Eis aqui, portanto, em que consiste o limite da *singularidade* imposto à força probatória do testemunho. Dêe falaremos largamente em outro lugar, expondo as suas razões <sup>1</sup>.

2.º Qualquer que seja a coisa que se quer verificar, pode sempre verificar-se por meio de têtemunhas. Qualquer coisa provável, é bem provada por meio da prova têtemunhal. Bis aqui uma regra geral que deve entender-se dentro de certos limites.

Há delitos denominados de facto permanente, por isso que deixam atrás de si a permanência de um *evento material*, sôbrevivente ao delito. Êstes delitos não se verificam sem a permanência de tal *evento material*; a ausência dêste põe em dúvida a existência daquêles. Ora, se o testemunho, a propósito de um delito de facto permanente, vem afirmar a percepção, em um dado momento, da materialidade produzida pela acção criminosa, e que constitui o *evento material* permanente, evento que se chama também *corpo de delito*; se a têtemunha afirma ter percebido em um dado momento o corpo de delito, mas êste corpo de delito já se não encontra, sem que se possa explicar o seu desaparecimento; a ausência do corpo de delito, que, pela sua natureza, deveria ainda subsistir, faz lògicamente duvidar da exactidão da percepção têtemunhal. Nêste caso, os testemunhos, tanto de terceiro, como do argüido ou do ofendido, em qualquer número, não devem ser considerados como prova completa do corpo de delito. Na falta dêste, para haver uma prova têtemunhal suficiente, seria necessário não só que se afirmasse a percepção em um dado momento, mas também que se tivêsse provado a sua destruição ou a sua ocultação consecutivas, explicando assim o seu desaparecimento. A força probatória, portanto, do testemunho, que afirma a existência do corpo de delito êssencial

<sup>1</sup> Veja-se, em seguida a esta Secção, o cap. vii: *Limite probatório derivado da singularidade*.

em um dado momento, não vale para produzir a certeza a seu respeito, que se acha assente, e não é contestável nem contestada judiciariamente ou quási judiciariamente. I Eis aqui uma segunda limitação, do ponto de vista da coisa provada: o limite probatório do testemunho em quanto ao *corpo-de delito* <sup>1</sup>.

3.º Os direitos civis dos cidadãos são regulados pelas leis civis: eles só existem emquanto são regulados pelas leis civis, e dentro das condições das leis civis preestabelecidas. Tôda a vez que, portanto, é necessário provar a existência de um direito civil, tem de recorrer-se aos critérios das leis civis de que êle deriva.

Ora, quando se quer imputar a um homem a violação de um direito civil, é necessário, em primeiro lugar, ter-se a certeza da existência dêle; se a sua existência não fôsse certa, poder--se-ia falar de violação de um direito natural, mas nunca de um direito civil.

Portanto, direito civil que se não prove civilmente, não se compreende. Do momento em que um direito se não pode provar, - segundo as regras da lei civil, não existe para ela, e deixa de ser um direito civil. E por isso, quando em juízo criminal se imputa a violação de um direito civil, êste tem que se provar segundo as normas da lei civil; e se assim se não prova, não pode dizer-se que existe.

Consequentemente, como as leis civis limitam a prova testemunhal a uma certa esfera de direitos, entende-se que esta limitação deve valer também em matéria penal: os direitos civis que não podem ser provados pela prova testemunhal no juízo civil, não poderão provar-se assim, mesmo em juízo penal.

Eis aqui uma terceira limitação à fôrça probatória do testemunho: a limitação proveniente das leis civis <sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Veja-se, em seguida a esta Secção, o cap. viii: Limite *probatório derivado do corpo de delito*.

\* Veja-se, em seguida a esta Secção, o **cap. ix**: *Limites probatórios derivados das regras probatórias civis*.

## CAPÍTULO IV

**Têstemunho de terceiro**

Ao determinarmos as varias espécies de testemunho, no princípio desta Secção, falamos de testemunho adventício *in facto*, e de testemunho escolhido *post factum*. Chamamos ao primeiro, testemunho comum, por isso que é prestado por um homem •qualquer que se encontrava eventualmente presente ao facto, que se quer verificar; chamamos ao seguudo, testemunho *pericial*, por isso que é prestado por pessoas determinadas que pela sua especial perícia são escolhidas para fazerem fê de condições particulares de facto, não perceptíveis para o comum dos homens.

Como pois, relativamente a qualquer facto, o testemunho pode ser feito por pessoas estranhas ao proprio facto, ou por pessoas que tomaram nêle parte activa ou passiva, assim, relativamente àquele facto particular que se chama delito, temos o testemunho subdividido ainda em testemunho de terceiro, que é a pessoa estranha ao delito, testemunho do ofendido, que é a pessoa passiva do delito, testemunho do argüido, que é a suposta pessoa activa do delito. Torna-se-nos agora obrigatório fazer uma referência a cada uma destas espécies do testemunho comum. Principiemos, aqui, pelo testemunho de terceiro. Aquele que cometeu o delito, e quem o sofreu, não são têtemunhas imparciais; e por isso a crítica criminal dá maior importância ao testemunho de terceiro, como sendo a fonte mais rica e pura da certeza em matéria criminal.

O terceiro, que vem têtemunhar sôbre o delito, pode ser uma pessoa qualquer, e tem-se um testemunho que eu chamo *ordinário*; pode ser também, ao contrário, uma pessoa revestida de uma qualidade pública, que lhe confere uma competência especial para a verificação dos factos que atesta, e tem-se um testemunho que chamo *oficial*, para o distinguir do primeiro. O testemunho do terceiro, portanto, pode ser testemunho ordinário oficial.



Emquanto ao testemunho *ordinário*, não nos parece útil tratar dêle em particular: bastam a êsse respeito as noções e os critérios que temos exposto até aqui. £ do testemunho *oficial* que julgamos, ao contrário, oportuno fazer um estudo particular, para fazermos ideia da sua natureza especial e da fé especial que inspira.

A presunção de que a têtemunha se não engana e que não quer enganar, presunção que chamamos de veracidade, é o fundamento da credibilidade do testemunho. Esta fé na veracidade têtemunhal adquire, pois, um valor determinado, segundo os requisitos subjectivos, formais e objectivos do testemunho concreto: requisitos directamente percebidos, ou requisitos presumidos.

Emquanto aos requisitos formais e objectivos, os primeiros são quási sempre, e os segundos sempre, directamente perceptíveis era juízo; e digo *quási sempre* para os requisitos formais, na hipótese de provas produzidas anteriormente ao julgamento público, com formalidades que poderiam também não resultar suficientemente verificadas pelo juiz do debate. Da consideração, portanto, do testemunho particular, resulta sempre quanto aos requisitos objectivos, e quási sempre quanto aos formais, se êles existem ou não existem: se resulta que existem, admitem-se não por suposição, mas por verificação directa; se resulta, ao contrário, que não existem, não podem supôr-se, por isso que não há suposição que possa vencer a realidade.

Emquanto aos requisitos subjectivos, êstes, ao contrário, não são muitas vezes perceptíveis: muitas vezes não se tem conhecimento exacto da sua existência ou não existência na têtemunha particular. Ora sendo certo que precisamente quando falta o conhecimento positivo ou negativo dos requisitos da credibilidade, é que a presunção de veracidade se afirma fazendo-os supôr; e visto que êste conhecimento falta principalmente tratando-se de requisitos subjectivos; compreende-se, assim, como a presunção de veracidade tenha a sua maior eficácia relativamente á credibilidade subjectiva da têtemunha. Posto isto, e sob êste ponto de vista, a presunção da veracidade é mais forte para a têt-

munha oficial que para a ordinária. Qual o motivo? Procuremos examinar racionalmente esta maior fê que se deposita no testemunho oficial.

A presunção de veracidade, já o sabemos, é uma presunção complexa: encerra em si a presunção de que a testemunha se não engana, e a outra de que ela não quer enganar. Consideremos cada uma destas presunções que a compõem, relativamente ao testemunho oficial, para determinar o valor da resultante presunção de veracidade que lhe respeita.

Quem se acha revestido da qualidade de oficial público, não é sempre uma testemunha oficial para todos os factos que caem sob a sua observação; é testemunha oficial somente em relação aos factos que a sua qualidade de oficial público lhe dá competência para atestar. Compreendido assim, dentro destes limites, o testemunho oficial, é fácil compreender a sua superioridade. O Estado, sabendo que a qualidade de oficial público invêste de uma competência particular para atestar certos factos, não pode logicamente revestir com aquela qualidade quem não apresenta a capacidade intelectual e sensória para a percepção daquêles factos, que é chamado a atestar. A qualidade de oficial público, depondo em matéria de competência própria, presupõe, portanto, os requisitos subjectivos de capacidade intelectual e sensória, requisitos que não há *igual* razão de supôr na testemunha ordinária. Acresce a isto que a testemunha oficial, que sabe ter a obrigação de atestar certos factos, aplica, na observação dêsses factos, maior atenção que qualquer outra testemunha; não despreza nenhuma daquelas particularidades importantes, que podem mais facilmente escapar a uma testemunha chamada ao acaso; e empregará, sabendo a gravidade do depoimento que fôr chamada a fazer, todos os seus esforços para não cair em êrro. É claro, pois, o motivo por que a presunção de capacidade intelectual e sensória é mais forte para a testemunha oficial, do que para a ordinária.

—  
Passemos à capacidade moral. Poder-se-ia, em primeiro lugar, observar que o Estado tem interesse em possuir oficiais públicos que cumpram o seu dever; e como não é por certo

a improbidade que os torna escrupulosos no desempenho dos seus deveres, assim o critério moral que, lógica e geralmente falando, dirige o Estado na nomeação dos oficiais, é o da probidade. Segue-se daqui que a qualidade de oficial público conferida a um cidadão, faz supôr nêle, em regra geral, a probidade pessoal. Mas deixemos de parte êste argumento que, comquanto verdadeiro em regra geral, poderia ter muitas excepções em um regime particular, e que poderia além disso nunca ser reputado bom por quem, em qualquer regime, por paixão política, vê negro tudo quanto vem do alto, parecendo-lhe rosado tudo o que vem de baixo.

Deixando, pois, de parte o argumento precedente, outro há logicamente irrefutável, a que nós temos de atender. Porque é que se presume, em regra geral, que a testemunha não quer enganar? Por aquele senso moral que, mais ou menos eficazmente, vive em tôdas as consciências; senso moral que se opõe à mentira e é favorável à verdade. Êste senso moral existe em tôdas as consciências, tanto na das testemunhas ordinárias, como nas das testemunhas oficiais, e fornece argumento para presumir que não querem enganar, nem umas, nem as outras. Mas para as testemunhas oficiais há mais alguma coisa. Ao sentimento genérico, inspirador da verdade para tôdas as testemunhas, acresce o sentimento particular de um dever particular, que deriva da própria qualidade; ao sentimento de responsabilidade comum a tôdas as testemunhas, acresce o sentimento particular de uma responsabilidade particular e mais grave proveniente do próprio officio. Como, portanto, os impulsos para a verdade são maiores na consciência da testemunha oficial que na da testemunha ordinária, a presunção de que se não quer enganar deve ser mais forte para a primeira que para a segunda.

Concluindo, a maior fôrça de cada uma das presunções componentes leva à conclusão da maior fôrça da resultante, presunção complexa de veracidade, a favor do testemunho oficial, em face do testemunho ordinário.

Esta presunção de que a testemunha oficial se não engana e não quer enganar; esta presunção dos requisitos subjectivos na

têstemunha oficial, pela sua própria fôrça, reflecte-se, dentro de certas condições, sôbre os critérios formais do testemunho; e precisamente sôbre aquêles, que nascem da consideração de certas formas que são aconselhadas pela arte criminal como protectoras da verdade, contra o êrro ou a vontade de enganar da têstemunha.

Sabemos que a forma específica do testemunho é *o ser oral*, o que se explica e aperfeiçoa na *produção judicial* e no *intêrrogatório*: o testemunho, em suma, sob o ponto de vista da forma, deve ser feito oralmente em juízo, e ser integrado pelo intêrrogatório. A primeira consequência, como vimos em outro lugar, dêste preceito da natureza oral do testemunho em juízo é que não possa ler-se em juízo o testemunho escrito. Ora, esta proibição formal, que é imprescindível para o testemunho ordinário, tem, ao contrário, excepções relativamente ao testemunho oficial. Os relatórios, os autos, os certificados do oficial público, enquanto não saem da sua competência, são admitidos à leitura por tôdas as razões de conveniência expostas era outra parte, juntamente com as razões da maior fé que nos inspira o oficial público <sup>1</sup>.

A segunda consequência do preceito, segundo o qual o testemunho para ter o seu valor deve apresentar-se oralmente no julgamento público, é que o testemunho, e principalmente a confissão extra-judicial, é formalmente defectiva. Ora, esta conse-

quência não tem o mesmo valor relativamente à confissão extra-judicial, quer quando prestada pela têstemunha ordinária, quer pela têstemunha oficial competente: neste segundo caso, não tem lugar a depreciação que se dá no primeiro; neste segundo caso, a confissão prestada pelo oficial público competente, se bera que extra-judicial em sentido relativo por ser recebida fora do juízo propriamente dito, que é o juízo público e contraditório, tem um valor probatório, que se não deve desprezar, como no caso de ter sido prestada por uma têstemunha ordinária. E isto não só por-

<sup>1</sup> Veja-se nesta mesma Secção da Parte quinta, o cap. ii: *Carácter específico do testemunho*: Natureza oral: n.º 3.

que, comquanto faltem as fórmulas solenes da produção judicial,, há sempre formalidades que o oficial público deve observar ao recolher os testemunhos; não só porque em face do oficial publico competente não há que temer, por parte da primeira testemunha, aquela falta de atenção nas afirmações; que seria de temer em face de um particular com quem se conversa; não é somente por estas considerações que a confissão tem maior valor quando é prestada pelo oficial público competente, que quando por uma testemunha ordinária; mas também pela maior fé que inspira subjectivamente o oficial público como testemunha de segundo grau. Supõe-se que desempenhando um dever de officio, o oficial público deve ter querido sempre prestar mais atenção que um particular, que não tinha mais que o estímulo da curiosidade; consequentemente menor facilidade de engano na testemunha oficial. Sabe-se que, além do sentimento moral que ordena a verdade a tôdas, existe no espírito da testemunha oficial o sentimento de um dever particular e de uma responsabilidade parti-cular, que se opõem à mentira; consequentemente, menor facilidade de vontade de enganar no oficial público. A confissão colhida fora do juízo pelo oficial público competente, se não é *judicial* em sentido próprio, justamente por ser colhida fora do juízo, também não é extra-judicial em sentido absoluto, porquanto é recolhida para o futuro juízo pelo oficial público competente: é uma confissão *quási-judicial* <sup>1</sup>.

Mas é necessário não esquecer, sempre que se fale da presunção mais forte de veracidade que respeita, em regra geral, ao oficial público, que este só tem direito a ela no que se refere à sua competência, e dentro dos limites desta; fora da sua competência, o oficial público deve ser considerado igualmente a uma testemunha ordinária, e submeter-se aos mesmos critérios.

E, portanto, atendendo a isto, quando se trate de verificação de grave importância para o julgamento criminal, a lei deve

<sup>1</sup> Veja-se, nesta Secção, o Título ii do cap. III : *Avaliação ão testemunho relativamente à forma.*



confiá-la à competência determinada e particular de oficiais superiores, e não a subalternos, por isso que os primeiros, melhor que os segundos, sabendo compreender a importância das investigações a que procedem, e tendo um mais alto senso dos próprios deveres, é lógico que inspirem maior confiança.

Trata-se, por exemplo, de uma verificação do corpo de delito. E, é natural, não falamos aqui daquela *verificação judiciária*, que se tem de fazer no decurso do julgamento: nesta hipótese, procedendo a ela o próprio juiz do debate e em presença das partes, é o caso propriamente de uma prova material em sentido restricto. Falamos aqui da verificação a que se procede antes de aberto o julgamento público, verificação que chamarei prejudiciária, e que prefiro chamar *quási-judiciária*, de harmonia com as denominações estabelecidas a propósito da natureza judicial da prova; entendemos falar da verificação a que se procede no período instrutório, para verificar o corpo de delito, por meio de um oficial de justiça que deve reduzir as verificações feitas a um auto apropriado, que é em seguida incorporado no processo: nesta hipótese que examinamos, o juiz do debate não assiste à prova material, mas recebe sobre ela o testemunho do oficial de justiça, que procedeu à verificação.

Ora, todos compreendem que a competência para tais verificações judiciárias, pela sua grande importância, não pode confiar-se a oficiais subalternos, mas deve, ao contrário, confiar-se pessoalmente ao juiz instrutor. Trata-se de provas reais importantíssimas que nem sempre podem ser sucessiva e directamente colhidas pelo magistrado, que tem de julgar, *na sua forma material*, e que, por isso, podem não chegar ao juiz senão por meio do testemunho oficial: é necessário, por isso, que o testemunho oficial seja o melhor que possa haver para essas verificações, devendo concorrer com êle também a observação do perito, quando a matéria a verificar não seja de percepção comum, mas requeira uma capacidade especial.

Não basta que para as verificações de grave importância se deposite a confiança em oficiais superiores; é necessário também que a lei prescreva formalidades por meio das quais se devam

efectuar essas verificações. À arte criminal aconselha por isso a intervenção de testemunhas nas verificações mais importantes. Aconselha também que se crie, para o escrivão que redige os autos, uma posição independente e livre, de modo a tornar-lhe possível recusar-se a escrever nos autos dizeres infieis e falsos que o juiz pretendêsse impôr-lhe: todo o auto seria assim acreditado sob a dupla fé do escrivão e do juiz, além da de outras testemunhas que se entendêsse fazer intervir em casos especiais. Na prática judiciária, ao contrário, o escrivão não passa de um instrumento humilde e passivo nas mãos do instrutor, uma espécie de máquina de escrever.

É simplesmente com a garantia proveniente de se confiar a competência a oficiais superiores, e com a garantia de formalidades protectoras da verdade, impostas também a eles, que as verificações quási-judiciais atingem o valor das judiciais.

É conveniente fazer aqui uma observação de índole geral relativamente à presunção de veracidade, que assiste à testemunha oficial. Temos tratado até aqui de indagar a natureza destas presunções, e verificamos que ela é superior, em geral, à presunção de veracidade respeitante à testemunha ordinária. Mas é necessário ter sempre presente que, comquanto se pretenda superior, ela nunca passará de uma presunção, uma simples presunção, que perde toda a eficácia em face da realidade contrária, ou que perde grande parte da sua eficácia em face de factos verificados, que sejam fundamento de poderosas presunções contrárias.

Podem, também contra o testemunho oficial, aparecer motivos tais de descrédito, que lhe tirem toda a fé, ou pelo menos, uma grande parte. O testemunho oficial, em que se demonstre ter havido corrupção, poderá acaso merecer ainda fé? A testemunha oficial que, comquanto proba, se verifica ser amigo íntimo e quási irmão do argüido, ou seu inimigo desapiedado, poderá vencer toda a razão de suspeita com a sua qualidade de oficial público? O oficial público que fôsse o *ofendido* no delito, o oficial público em cujo favor podêsse reverter um crédito, em cujo prejuízo podêsse reverter um débito, como consequência do

juízo, poderá acaso considerar-se, não obstante, seguramente imparcial pela sua veste de oficial público? Ai de mim! o oficial público também é um homem e não pode manter-se completamente alheio às fraquezas e às paixões humanas.

O testemunho oficial, seja mesmo o mais alto possível, nunca terá em seu favor mais que uma simples presunção *juris tantum* de veracidade, contra a qual será sempre lícito dar prova, da parte dos interessados. Suponhamos uma verificação quase-judicial, da parte do juiz instrutor em pessoa. Que se conclui daqui? Poderá provar-se sempre que a identidade dos objectos a verificar não foi bem apreciada; poderá provar-se sempre ter o juiz inserido nos autos, como próprias, observações colhidas, ao contrário por outrem; poderá sempre provar-se não ter o escrivão observado coisa alguma pessoalmente; e não ter feito mais do que escrever passivamente o que o juiz lhe ditou, afirmando assim como próprias as observações, que eram unicamente do juiz. Todos veem que em todos estes casos, seria absurdo querer prestar fé ao auto de verificação. Falando do auto em geral <sup>1</sup>, indicamos como a sua força probatória particular está na imediata redacção, feita no local da observação: ora, poderá também provar-se sempre que um dado auto foi redigido em tempo e em lugar diversos do das observações; o que diminuiria sempre a sua fé, mais ou menos, segundo a distância entre o tempo da redacção e o da observação, e segundo os diversos critérios que prevalecem nas legislações particulares.

Suponhamos, porém, que o testemunho oficial tenha todo o seu valor, sem motivo algum sério de descrédito; suponhamos um testemunho oficial clássico; qual será a sua eficácia probatória?

Falamos já do valor do testemunho clássico em geral; o êsse valor deve, com maioria de razão, reconhecer-se no testemunho clássico oficial. Mas ao falarmos do testemunho clássico, marcamos três limitações à sua eficácia probatória: um limite deri-

<sup>1</sup> Veja-se cap, ii: *Carácter específico da prova testemunhal*: Natureza oral: n.º 3.

vado da singularidade da testemunha, outro proveniente das regras civis da prova, e outro derivado da natureza especial do corpo de delito naquilo que se quer provar. Ora, considerando que o testemunho oficial tem em regra geral, maior eficácia que o testemunho ordinário, é necessário indagar, se êstes três limites teem fôrça também para o testemunho oficial, clássico,. Analisemos.

Emquanto ao limite da *singularidade* da testemunha, há uma consideração jurídica que prevalece sobre as considerações probatórias para resolver a questão. O fim supremo da pena é reestabelecer aquela tranquilidade social que foi perturbada pelo delito. Ora, a possibilidade de ser condenado sob a palavra de uma só testemunha, ainda mesmo oficial que fôsse, em vez de tranquilizar, perturbaria profundamente a consciência social. Todos experimentariam a possibilidade de ser vítima de um inimigo desleal que, aproveitando-se da sua qualidade, que o acredita, de oficial público, aparecêsse a acusar de factos criminosos não cometidos. Nem se diga que a mesma perturbação nasceria da possível condenação sobre a palavra de duas testemunhas; porquanto em primeiro lugar não é fácil ter dois inimigos tão ferozes, e que assim desprezem a grave responsabilidade pessoal, até ao ponto de não hesitarem em vir a juízo caluniar um inocente; e mesmo existindo êstes dois ferozes inimigos, será necessário que se acordassem para urdir a teia caluniosa que teria de ser apresentada em juízo. E é necessário conhecer pouco o coração do homem para ignorar que certas infâmias grosseiras só se cometem quando, cometendo-as, não há necessidade de se mostrar claramente infame aos olhos de pessoa alguma; quando para as cometer é necessário pôr a nú, quer mesmo a outro infame, toda a torpeza do seu espírito; então a coragem malfazeja desaparece; a repugnância de se mostrar tórpe, vem reunir-se a ideia de poder ser, mais cedo ou mais tarde, traído-pelo cúmplice da infâmia.

O limite da singularidade, como para todo o testemunho clássico, tem de ter por isso também fôrça para o testemunho clássico oficial.

Emquanto ao limite derivado das regras civis de prova, também aqui a questão é resolvida antes pelas considerações da natureza genética do direito de prova, que por considerações probatórias. Não pode dizer-se violado um direito civil que não possa provar-se pelas normas das leis civis. E por isso quando um suposto direito civil se não pode provar pelas regras civis, seja qual fôr a fôrça probatória que queira atribuir-se ao teste-

mun  
ho clássico oficial, êle nunca poderá chegar a provar como existente o que na realidade não existe.

O limite das regras civis de prova, como relativamente a qualquer outro testemunho, tem por isso também fôrça para o testemunho clássico oficial.

Passemos à terceira limitação, à que é derivada da natureza especial do corpo de delito naquilo que se quer provar. Dissemos já que havia delitos chamados de *Jacto permanente*; denominados assim porque, devido à sua natureza, deixam sempre atrás de si a permanência de um facto material; e êste facto material sôbrevivente à acção criminosa, dissemos chamar-se corpo de delito: não se concebe, dissemos nós, a existência dêstes delitos sem um tal corpo de delito, sôbrevivente à acção criminosa. Concluimos daí que o testemunho a propósito de um delito de facto permanente vem afirmar a percepção, em um dado momento, daquela materialidade permanente sem a qual o delito não existiria, e que constitui o corpo de delito; se o testemunho afirma isto, mas no entanto êste corpo de delito já se não encontra, a ausência dêste corpo de delito, que pela sua natureza deveria subsistir ainda, faz lògicamente duvidar da exactidão da percepção têtemunhal. E por isso, nêste caso, qualquer que seja o seu número, os testemunhos não devem considerar-se como prova completa do corpo de delito. Na falta dêste, para que haja uma prova têtemunhal suficiente, seria necessário não só que se afirmasse a sua percepção em um dado momento, mas que se provasse também a sua destruição ou a sua ocultação, explicando assim o seu desaparecimento. Afirmamos tudo isto em relação ao testemunho clássico em geral.

Ora, tudo isto que continuamos a julgar como verdadeiro

relativamente ao testemunho clássico ordinário, não o julgamos assim pelo que respeita ao testemunho clássico oficial. Se é lógico reear que têtemunhas ordinárias, por incapacidade, por falta de atenção, por leviandade, tenham tomado por corpo de delito o que o não era, tais dúvidas já se não justificam em face de um acto oficial da polícia judiciária, que procede à verificação como a um grave dever de ofício. E compreende-se facilmente por que falamos de acto oficial; porque é sempre ao mais alto oficial da polícia judiciária que deve confiar-se a competência determinada e particular da verificação do corpo de delito, pelo que anteriormente dissemos.

O juiz instrutor que, pelos poderes que lhe são conferidos pela lei, procede a uma verificação de tamanha importância, procede a ela com a máxima ponderação possível. À capacidade jurídica especial, pressuposta pelo seu ofício, reúne todos os esforços e todos os cuidados de uma têtemunha que sabe dever necessariamente dar conta do que diz ter verificado. Êle sabe toda a importância jurídica da verificação do corpo de delito, e por isso não despreza nenhuma daquelas importantes particularidades que podem escapar a uma têtemunha ordinária. Juntese a isto que ele não vero referir a matéria das suas observações passados meses e anos, de modo a tornar possível o esquecimento ou a intervenção da imaginação no que refere; não, êle redige o auto imediatamente, no próprio local das observações. Acrescente-se ainda, que a fê nêle se adiciona à fê no escrivão, que, ao redigir e assinar o auto, atesta, juntamente com o juiz, a verdade do seu conteúdo.

Ajunte-se também a intervenção dos peritos, tratando-se de matérias que requerem uma capacidade especial de observação. Ajuntem-se, finalmente, tôdas as garantias ulteriores que a arte criminal pode aconselhar, e a lei adoptar, para tais verificações; como a necessidade da intervenção de um certo número de tes-

te  
munhas estranhas. Atendendo a tudo isto, parecer-noa há claro por que é que o testemunho clássico oficial deve considerar-se como suficiente para produzir a certeza sôbre o corpo de delito em geral, ainda mesmo quando êle na época do julgamento público

tenha desaparecido. Não é razoável, pela ausência posterior do corpo de delito, pôr em dúvida a sua existência devida e competentemente verificada, em um período anterior, por uma autoridade judicial. A verificação prejudiciária, devidamente efetuada pela autoridade instrutora, considera-se, pela força da verificação, valer quasi tanto como a verificação judicial do próprio juiz do debate: é uma verificação quasi-judicial; e a certeza do corpo de delito, classicamente afirmada pelo juiz instrutor, reputa-se como adquirida também pelo juiz do debate.

Concluindo, o limite probatório que deriva do corpo de delito, se tem força contra qualquer testemunho ordinário, não tem razão de subsistir contra o testemunho clássico oficial, isto é, contra o testemunho oficial que não apresenta motivo algum de descrédito, quer no sujeito, quer na forma, quer no conteúdo.

## CAPITULO V

### Têstemunho do ofendido

Ao desenvolver os critérios de avaliação do testemunho relativamente ao sujeito, já nos referimos ao testemunho do ofendido como sendo subjectivamente deficiente, devido à suspeita proveniente da qualidade de ofendido da têtemunha.

Agora, sempre debaixo da luz dos princípios gerais por nós expostos, passaremos a tratar em particular do testemunho do ofendido, tomando para objecto de análise esta suspeita que lhe é inerente, para determinar melhor a sua natureza e o seu valor.

Passamos a considerar o testemunho do ofendido sob êste aspecto limitado, porque êle não se especializa, distinguindo-se dos outros testemunhos, senão sob o ponto de vista do sujeito, e, mais particularmente, da suspeita derivada da qualidade de ofendido no sujeito: é sob êste ponto de vista, portanto, que deve considerar-se o testemunho do ofendido, quando se queira falar dêle como testemunho especial.

Vimos já, que todos os defeitos subjectivos do testemunho

só fazem suspeitar da veracidade da testemunha, ou fazendo supôr facilmente que ela se engana, ou fazendo supôr fãcilmente que ela quer enganar.

Duas são, pois, as espécies a que se reduzem tôdas as suspeitas derivadas da pessoa da testemunha: suspeitas de engano, e suspeitas de vontade de enganar. Para formar, portanto, um conceito exacto e completo dos defeitos do testemunho do ofendido, é conveuinte atender a êste testemunho relativamente a cada uma das duas espécies de suspeitas supracitadas.

Emquanto a facilidade de engano, é indubitável que o próprio direito ofendido perturba grandemente a consciência humana, fazendo-lhe perder aquela serenidade e aquela calma necessárias para a exacta percepção das coisas. Todo o crime provoca, pois, no espírito do ofendido uma perturbação que, tornando-lhe difícil a percepção exacta das coisas, torna possíveis os êrros. E isto principalmente, quando se trata de um crime que consiste na violência contra as pessoas, ou é acompanhado desta. Na pessoa que recebe um ferimento, ou ainda mesmo uma pancada, na pessoa que sofre uma violência, ainda que simplesmente moral, o espírito levanta-se em tempestade; e não é por certo em um tal estado de espírito que pode ter-se a percepção exacta dos *detalhes* das coisas.

Se a perturbação do espírito é a máxima relativamente aos crimes contra as pessoas, ela, se bem que em grau inferior, verifica-se também, dentro de certos limites, relativamente aos crimes contra a propriedade, em relação a tudo o que se refere á percepção simultânea ou sucessiva da consumação do crime.

Quem é despojado de uma coisa sua, se pode ter exactas e serenas percepções para referir sôbre materialidades particulares do objecto roubado, por isso que foram anteriormente percebidas em um período de calma, já não pode, ao contrário, apresentar percepções igualmente serenas e exactas relativamente ao *valor* do objecto roubado, porquanto, consumado o furto, é sabido que o objecto de que fômos despojados, pelo amor que temos pelas coisas que nos pertencem, nos parece sempre de valor superior ao real. Coisas que avaliamos em muito pouco enquanto as pos-



suímos, apreciamo-las muitíssimo se as perdemos; e isto é verdade não só em relação às coisas materiais: é sabido que se exagera sempre o mérito dos mortos queridos, mesmo daqueles a quem ele não foi reconhecido em vida. É uma fraqueza do coração humano que tende para apreciar, mais do que o que se tem, exageradamente o que se perdeu.

Nem as observações do ofendido apresentam grande garantia de exactidão emquanto ao *modo* da consumação do crime contra a propriedade: mistura-se sempre com ele o sentimento da violação do próprio direito; sentimento que tira a calma, e a consequente percepção exacta dos *detalhes* das coisas.

Nem, finalmente, se deve dar um valor ilimitado às palavras de quem foi ofendido nos bens, emquanto à *designação do delinqüente*. O grande desejo, natural em quem foi vítima de um crime, de alcançar a descoberta do réu, preocupando o seu espírito já perturbado pela ofensa sofrida, torna-o propenso para as suposições, fazendo aceitar como probabilidades simples dúvidas, e como certeza as probabilidades.

A perturbação natural do espírito ofendido perante qualquer crime, se bem que em diversa medida, segundo se trata de crimes contra a pessoa ou contra a propriedade, torna por vezes susceptíveis de êrro aquêles *reconhecimentos* a que se costuma proceder quando o ofendido não conhece o delinqüente, senão por o ter visto cometer o delito. Nêstes casos, o ofendido não tem outro critério para a determinação do delinqüente, que não sejam as suas exterioridades materiais, percebidas no momento do delito, a sua fisionomia, a sua idade aparente, a sua estatura, a sua corpulência e o seu traje. Todos compreendem que todos êstes detalhes, por falta de sangue frio na observação, não podem ser percebidos com exactidão no momento do crime, e por isso as semelhanças podem facilmente converter-se em identidades aos olhos do ofendido, e o seu engano nos reconhecimentos pode arrastar a deploráveis êrros a justiça penal. B menos difícil do que se julga cair-se em êrro, julgando sôbre as semelhanças de pessoa e de traje; caem nêle também pessoas estranhas ao crime, mesmo terceiras pessoas. Quem se não lembra do célebre facto



do correio de Lião? O pobre e inocente Lesurque foi reconhecido como sendo um dos assassinos, com asseveração positiva, pela testemunha Lecroy de Mongeron, e morreu sobre o patíbulo, vítima de uma fatal semelhança.

Igual sorte teve o padre Causac. Uma noite, quando um certo Bellot se estava para deitar com sua mulher, é agredido e ferido por um homem, que fugiu imediatamente, deixando nas mãos dos agredidos um molho de cabelos arrancados da sua cabeça. O quarto achava-se ténueamente iluminado, mas os agredidos declararam ter, pela pessoa e pelo facto, reconhecido, no agressor, Causac, com quem dias antes tinham tido uma acerba contenda. Causac é capturado, e os seus cabelos, desgraçadamente, acharam-se ser semelhantes aos do fatal punhado: foi julgado, e morreu no patíbulo. Seis meses depois descobre-se a sua inocência, pela confissão do verdadeiro delinquente <sup>1</sup>.

Até onde pode extraordinariamente chegar a semelhança pessoal, arrastando a êrros que parecem incríveis, demonstra-o bem a célebre causa do falso Martin Guerra.

O verdadeiro Martin Guerra, casado em Antignes em 1539 com Bertranda de Bols, um belo dia desapareceu, e não deu mais notícias suas. Girando pelo mundo, encontrou-se com um certo Arnaldo de Til, a quem contou todos os detalhes da sua vida e da sua família. Arnaldo querendo tirar partido da sua semelhança com Martin, e do profundo conhecimento que tinha adquirido da vida e das relações dêste, pensou em ir substituí-lo na família abandonada; e assim fêz. Correu-lhe tudo maravilhosamente. Bertranda acolheu-o durante três anos no seu tálamo; e teve três filhos. Os parentes e os amigos tomaram-no todos êles por Martin Guerra, cujo papel, é necessário pensá-lo, êle representou como artista insuperável. Mas eis que, passados três anos, Bertranda descobre a impostura, e denuncia-o à justiça de Rieux. Abrem-se os debates. Pois bem, quarenta testemunhas, enganadas pela semelhança, juraram ser aquele o verdadeiro

1 BRUGNOLI — *Delia prova criminale*, § 547.

Martin; e, vejam isto, entre as têtemunhas achavam-se quatro irmãos do verdadeiro Martin, criados com êle, e os maridos de outras duas irmãs! No entretanto, eis que o verdadeiro, o pobre e errante Martin, volta para casa, e encontra o seu pôsto já tomado. Pois bem, o malfadado, conquanto autêntico, Martin, devido à sua timidez em face da desenvoltura e da energia do outro, é tomado por sua vez como um impostor. E não foi sem dificuldades que se chegou a assentar a verdade dos factos, reconhecendo-se a autenticidade do verdadeiro Martin, e condenando-se o impostor, que, de resto, o havia substituído na perfeição. Êste por fim, condenado à morte, confessou a sua impostura <sup>1</sup>.

Compreendo, que êste último facto é tão extraordinário, que não pode fâcilmente reproduzir-se no mundo; mas foi bom citá-lo para mostrar até que ponto pode extraordinariamente - chegar o êrro, pela semelhança pessoal. E basta sôbre o assunto.

Depois de têmos considerado o testemunho do ofendido relativamente à possibilidade de êrro,' passemos agora a considerá-lo em relação à possível vontade de enganar.

Sob o ponto de vista da vontade de enganar, princípio geral que torna suspeito o testemunho, sucede que *em proveito próprio*, ou *em prejuízo de quem se odeia*, é fácil mentir-se.

Ora, emquanto à vantagem do ofendido, *como tal*, não pode ela concretizar-se, na hipótese afirmativa do crime, senão de dois modos: ou porque, admitido o crime, o ofendido é *exonerado de uma obrigação*, ou porque, admitido o crime, o ofendido *pode fazer valer um direito*, hipótese, esta última, que se resolve, em todos os processos, na esperada reparação pecuniária. Eis os dois casos em que o ofendido é impelido a mentir *em proveito próprio*, e eis conseqüentemente os dois primeiros casos de legítima suspeita contra o seu testemunho.

Exemplifiquemos o primeiro caso, isto é, o caso, em que a vantagem própria induz à mentira, para se exonerar de uma obrigação.

<sup>1</sup> PITAVALL — *Cause celebri*, tomo x.

A afirmação de ter sido despojado da coisa depositada, esta afirmação apresentada pelo depositário, inclui suspeita contra ele, porque é em seu proveito. Admitida a verdade do furto, mesmo sem determinação do delinqüente, o depositário, de quem se patenteia não ter culpa alguma, ficaria exonerado da obrigação civil de responder *de próprio* pela ausência do depósito; e na hipótese de se ter verificado a culpa do depositário, ele, admitida a veracidade do furto, ficaria sempre exonerado, se ele próprio abusou do depósito, da obrigação social de sofrer a pena adequada ao seu facto. Do mesmo modo, seria suspeito o pretense ofendido que, em face de um título creditório apresentado contra ele, se queixasse da falsidade do documento, ou da violência, ou da fraude, com que lhe fôra captado. Geralmente, portanto, sob o aspecto da vantagem de se libertar de uma obrigação proveniente de um julgamento penal, quem se apresenta como ofendido, tem interesse, *depois de ter afirmado um crime*, em fazê-lo aparecer como verdadeiro, não só para se livrar de possíveis condenações consequentes ao pagamento das custas e dos prejuízos, mas também para se eximir da eventual acusação de calúnia ou de simulação de crime.

Em geral, pois, era quanto o ofendido, pela verificação do crime, ficaria exonerado de uma *obrigação* civil ou penal, esta vantagem consequente do crime torna suspeito o seu testemunho por possível vontade de enganar.

Mas a vantagem consequente do crime, como causa de suspeita, pode também, conforme dissemos, consistir no *direito*, que se poderá ter, à reparação pecuniária. Se a primeira forma de vantagem, isto é, a exoneração de uma obrigação, pode ser causa de suspeita até na simples afirmação do crime, abstraindo do possível delinqüente, a segunda forma, isto é, a consequente reparação pecuniária, não se compreende sem uma relação do crime com um determinado delinqüente; é este que deve a reparação pecuniária, e por isso, conservando-se desconhecido, comquanto se torne certo o crime, nunca há lugar a reparação alguma. E não basta que exista um pretendido delinqüente, para que a vantagem da reparação pecuniária, a que teria direito o ofen-

dido, torne suspeita a sua palavra; é necessário também que o suposto delinqüente apresente a possibilidade da efectiva reparação, ou pelo menos as aparências dessa possibilidade. Poderá, acaso, dizer-se suspeita, por causa de reparação pecuniária a conseguir, a palavra do ofendido designando, como autor do crime, uma pessoa cuja indigência absoluta lhe é conhecida?

Para a legitimidade da suspeita é, pois, necessário que a reparação pecuniária se apresente ao espírito do ofendido como possível de conseguir. *A medida desta suspeita* resultará, portanto, do valor que deverá ter a reparação, posta em confronto com o ofendido.

Emquanto ao *valor da reparação*, será êle determinado não só pela natureza do crime, mas também pela fortuna do pretendido delinqüente.

Êste valor da reparação justificará, pois, mais ou menos a suspeita de mentira, segundo a fortuna do ofendido: não é certamente pela miséria de uma centena de liras a que se teria direito, que pode dizer-se suspeita a palavra de um ofendido em cujo rico património cem liras representam o capricho de um momento. Em tal caso, a reparação esperada não é suficiente para explicar uma falsa acusação, que expõe ao risco de uma condenação por calúnia.

Mas eu disse em princípio que a medida da suspeita vem do valor que deveria ter a reparação, posta em confronto *com o ofendido*; não disse simplesmente *com o património* do ofendido. E com razão, porquanto não é só o estado de fortuna do ofendido que determina a fôrça do impulso para a mentira, que pode provir da esperança de uma reparação pecuniária; é necessário também atender ao carácter particular do ofendido. Há riquezas desonestas, avaramente acumuladas, para que o ganho de cem liras é uma formidável tentação; há pobreza honestas e não avaras, que nem mesmo por milhares de liras consentiriam em se desviar do caminho traçado pela lei moral.

São êstes os critérios gerais, por meio dos quais se deve avaliar a suspeita de mentira contra o ofendido, por esperança de reparação pecuniária.

Por esta esperança de reparação pecuniária pode, portanto, ser o ofendido arrastado à mentira por diversas formas.

Em primeiro lugar, pode o suposto ofendido inventar completamente o crime, como no caso em que um pobre diabo, afirmando e justificando, melhor ou peor, a posse de uma importante quantia, viesse afirmar ter sido roubado por um proprietário, para poder, como reparação, lucrar a pretendida quantia roubada.

Pode também o ofendido não inventar pròpriamente o crime, mas inventar o delinqüente. É o caso de muitas querelas por estupro. A estuprada que sabe não poder obter coisa alguma do verdadeiro estuprador, que é um miserável, decide-se, por vezes, a fazer uma especulação sôbre a própria desonra, atri-buindo-a a um rico senhor, na esperança de uma grossa maquia para reparação.

Pode, finalmente, o ofendido inventar, não pròpriamente o crime nem o réu, mas mentir sòmente quanto ao modo, à medida, ou às conseqüências do crime, a fim de aumentar proporcionalmente a reparação pecuniária a que tem direito.

E terminemos aqui, quanto à suspeita de vontade de enganar contra o testemunho do ofendido, pela vantagem, em geral, que lhe advem da verificação da existência do crime.

Mas dissemos a princípio que se mente com facilidade não só em proveito próprio, mas também em prejuízo de quem se odeia. Consideremos estoutra razão de suspeita, estoutro impulso para mentir que pode actuar sôbre o espírito do ofendido; êste impulso determina-se, quanto ao ofendido, pela animosidade contra o ofensor.

É necessário determinar êste último motivo de suspeita, para que não seja mal entendido.

À animosidade para com o ofensor não pode considerar-se como motivo de suspeita contra o ofendido, emquanto à *designação do delinqüente*. O ofendido, *nessa sua qualidade*, não pode ter animosidade senão contra o ofensor; e por isso dizer ao ofendido:—não acreditamos na tua palavra indicadora do delinqüente, por isso que tu, como ofendido, tens-lhe ódio — é, uma

verdadeira e flagrante antinomia; é um reconhecimento da verdade da indicação, querendo tirar-lhe fé. Quando, portanto, a adversão contra o ofensor derive *de causas estranhas ao crime*, então a razão de suspeita deixaria de existir na qualidade de *ofendido*, mas na qualidade de *inimigo*, qualidade, esta, que, como vimos expondo os critérios gerais em lugar próprio, deprecia qualquer testemunho, mesmo de terceiro, e não tem que ver com os motivos de suspeita particularmente inerentes à qualidade de ofendido, de que nos ocupamos.

Mas se a animosidade natural de ofendido contra o ofensor não legitima a suspeita emquanto à designação do delinqüente, ela legitima-a, ao contrário, emquanto à natureza do crime, na sua medida e nas suas conseqüências. Quem por um simples gesto foi, simplesmente, ameaçado de uma bofetada ou de uma cacetada, poderá, pela animosidade contra o ofensor, ser levado a afirmar ter sido mesmo esbofeteado e contundido para agravar as conseqüências penais contra êle. Aquele que foi simplesmente ameaçado por palavras por alguém, poderá, por animosidade contra êste ser levado a afirmar ter sido também ameaçado com armas, ou, por vezes até, agredido com pancadas que lhe não acertaram; e isto, para piorar a condição do ofensor. Aquele que foi realmente ferido, por animosidade contra o agressor, será levado a afirmar a incapacidade daí proveniente para o trabalho, ou a exagerá-la, se ela existe realmente; e isto sempre, à parte a esperança de uma maior indemnização pecuniária, para piorar a sorte judicial do agressor, como tal odiado.

Entendida assim, portanto, justifica-se como razão de suspeita do testemunho do ofendido, a animosidade dêste contra o ofensor.

Agora, que tratamos das várias e particulares razões de suspeita que derivam da qualidade de ofendido na têtemunha, não é inútil repetir uma observação complementar, por nós já feita em geral, relativamente a tôda a suspeita que derive de uma qualidade pessoal da têtemunha.

Dissemos já que qualquer que seja o motivo subjectivo de que inferma o testemunho, qualquer que seja o motivo prove-

niente de uma qualidade pessoal da testemunha, pode ser paralisado por outra condição pessoal, que numa dada época se encontra na mesma pessoa da testemunha. Ora, isto é verdade também relativamente aos motivos de suspeita que nascem da qualidade de ofendido.

Com efeito, emquanto à facilidade de engano na observação, a suspeita de engano proveniente da qualidade de ofendido pela perturbação natural em quem se sente violado no seu direito, pode ser modificada por uma *extraordinária capacidade de observação* no próprio ofendido, ligada a uma tal *serenidade*, de carácter, que não seja grandemente perturbada nem mesmo pela agressão do próprio direito.

A capacidade não ordinária de observação torna possível colher exactamente a percepção das coisas em um instante, mesmo durante um certo estado de perturbação do espírito; perturbação que tornaria impossível a exactidão da percepção a quem possuísse uma menor capacidade de observação. A serenidade de carácter, pois, excluindo mais ou menos aquelas agitações de espírito que fazem cair em erro, torna mais difíceis os erros. Esta alma pode basear-se não só na índole natural de um indivíduo, como também nas suas convicções morais e religiosas; há, comquanto bem raros, espíritos bons e capazes de perdoar, que, em face de uma ofensa, em vez de serem agitados por aquelas correntes de ódio que perturbam o espírito, se encontram dispostos a seguir, ao contrário, o grande exemplo de Aquele, que morrendo na cruz, e dirigindo-se a seu pai nos Céus, prégava aos seus ofensores: *Pater, ignosce illis quia nesciunt quid faciunt!*

E emquanto à vontade de enganar, todos os motivos de suspeita, que nascem da qualidade de ofendido na testemunha, ficarão paralisados pela sua grande e verificada probidade. Quem é verdadeiramente probo, tem, na sua alma, toda a força necessária para resistir á tentação da mentira, que pode provir do interesse próprio, ou do ódio contra o inimigo: a probidade do ofendido é garantia de que ele não mente, nem para obter uma vantagem pessoal, nem para prejudicar o seu ofensor.



Vimos, assim, quais são os motivos de suspeita provenientes da qualidade de ofendido na testemunha, e como êstes motivos podem ser paralisados por outra qualidade pessoal do mesmo ofendido. Ora quando êstes motivos de suspeita não teem razão de ser contra o ofendido, Ou são nêle paralisados por uma sua particular condição pessoal, tem-se um testemunho do ofendido subjectivamente *clássico*, na sua espécie. Assim, emquanto à facilidade de engano baseada na perturbação natural do ofendido, pode ela não existir por falta de perturbação no caso especial, ou por uma falta de perturbação tal que indusa a êrro, como quando, por exemplo, se trata do furto de poucas libras subtraídas a um rico património de uma pessoa. Por isso, emquanto à facilidade de vontade de enganar *por vantagem* pessoal do ofendido, pode ela não existir no caso especial, não resultando vantagem alguma como razão impulsiva de uma falsa afirmação de crime, quer porque o crime não eximiria de obrigação alguma civil ou pessoal, quer porque no banco dos réus se encontre sentado um miserável, de quem não é possível esperar qualquer indemnização pecuniária. A suspeita de vontade de enganar *por animosidade* contra o ofensor, pode, por isso, ser paralisada pela grande probidade do ofendido, que nunca lhe permitiria mentir. Quando, portanto, os motivos de suspeita não existam contra o ofendido, ou tenham sido nêle paralisados, o testemunho do ofendido, sob o ponto de vista subjectivo, é um testemunho clássico na sua espécie, e tem, portanto, o valor de testemunho clássico, tendo, pelas razões por nós apresentadas, também os seus limites probatórios: o limite probatório derivado do corpo de delito, o derivado das regras civis de prova, e o derivado do ser singular.

Uma última observação e tenho terminado. A arte judiciária, procurando um obstáculo contrata possibilidade da vontade de enganar da parte de quem é chamado a depôr em juízo, julgou encontrá-lo no *juramento*: julgou que a formalidade do juramento podêsse exercer uma tal coacção moral sôbre o espírito da testemunha, que a obrigasse a revelar a verdade; e por isso prescreveu-se o juramento, como uma formalidade que deve acompanhar necessariamente todo o testemunho, considerando-se

como essencialmente não clássico o testemunho não jurado. Ora, admitindo-se que o juramento exerce uma eficaz coacção sobre o espírito da testemunha em favor da verdade, deverá a formalidade do juramento impôr-se a toda a espécie de testemunho, e em particular ao do ofendido?

O problema examinado relativamente ao testemunho do arguido, foi resolvido negativamente: o arguido não deve jurar. E está bem. Mas a premissa de que se partiu para a solução do problema, não só não é exacta, mas é tão ampla que conduz a uma análoga conclusão também relativamente ao testemunho do ofendido. O que, segundo nos parece, é um erro que deve absolutamente repelir-se.

Para resolver o problema recorreu-se à sentença romana: *inhumanum est per leges quae perjuriam puniunt viam perjurii aperire*; e, portanto, considerando que o arguido, como parte em juízo, se é réu, tinha um forte interesse a mentir, pensou-se que obrigá-lo ao juramento era *abrir-lhe o caminho ao perjúrio*, e por isso concluiu-se que o arguido não devia jurar. É fácil compreender que, admitindo-se a verdade deste raciocínio, nem mesmo o ofendido deve jurar. Ele é parte em juízo, mais que não fôsse, pelos interesses pecuniários; ele especialmente quando queixoso, tem um forte interesse em manter as suas queixas ainda que não verdadeiras; portanto, também ele não deve jurar; também para ele o juramento seria um caminho aberto para o perjúrio. Aceitando-se um semelhante raciocínio, em rigor, poder-se-ia com ele ir muito mais além: sempre que existisse, racionalmente, a suspeita de que a testemunha tivesse interesse em mentir, seria necessário não a obrigar ao juramento.

Na verdade, não se compreende como certos argumentos de retórica tenham tido aceitação na ciência; mas se fôsse necessário um exemplo dessa má aceitação não merecida, ele nos seria dado precisamente pelo raciocínio anterior. Suponhamos que eu tenho o direito de perguntar a verdade a uma testemunha, e tenho também o direito de empregar meios de coacção sobre o seu espírito para que ff diga; pois bem, se emprego estes meios para obrigar à verdade, e a testemunha, em seu interesse, mente

a despeito de todos os meus esforços, pretende-se considerar-me como a causa da sua mentira. Quando eu, atendei bem, tendo êsse direito, obrigo uma testemunha a jurar, não faço senão pôr um obstáculo a mais à sua vontade de enganar; se ela, não obstante isto, mente, não sou eu já que lhe abri as portas à sua mentira sob juramento, é ela ao contrário que forçou as portas fechadas, e fez passar a sua mentira. Quem exerce legitimamente uma acção, conducente por si ao bem, não pode ser considerado como responsável da reacção contrária conducente ao mal: dizer que, obrigando a jurar em dados casos, se abre a porta ao perjúrio, é como se se dissêsse que fazendo benefícios ao próximo, se abrem as portas à ingratidão! De resto, se se aceita como exacto que quando a testemunha tem um poderoso interesse em mentir não deve ser obrigada a jurar, por isso que a lei que pune o perjúrio não deve abrir as portas ao perjúrio; a única consequência verdadeiramente lógica seria a abolição completa do juramento. Com efeito, o juramento, como formalidade processual, não tem valor senão quando se julga capaz de vencer a possível tendência para mentir que existisse na testemunha; e no entanto, quando haja maior razão para crêr que essa tendência exista na testemunha, é então, precisamente então, que se não quer aplicar o juramento. Quereis servir-vos do juramento só quando verificais que não necessitais dêle; quando ao contrário esta necessidade se verifica, vós suprimis o juramento. Que espécie de lógica é esta? Melhor é nunca mais falar do juramento como obstáculo à mentira, quando êle se não queira empregar onde haja necessidade dêste obstáculo, empregando-a ao contrário sempre que se pode passar sem êle. Que direis vós de ura engenheiro que deixasse sem guardas as margens de um rio na parte onde êle tende constantemente a trasbordar e elevasse e refôr-

ças

se, ao contrário, as suas margens onde as águas nunca tentaram sair do seu leito apto para as conter?

O critério, portanto, do grande interesse em mentir, excluindo o juramento para evitar o perjúrio, é um critério falso, que levaria à abolição total do juramento.

Mas procedeu-se ao exame da questão também com outro

critério, que nos parece menos falso que o precedente. Considerando que a formalidade do juramento aperfeiçoa o testemunho, fazendo realçar a fé nêle, os jurisconsultos teem sustentado que, quando existe um grande interêsse em mentir na têtemunha, é necessário não a obrigar a jurar para não dar maior pêso ao sen testemunho no espírito do juiz. O ponto de vista é diverso do precedente, mas a conseqüência é a mesma: as têtemunhas tendo um grande interêsse em mentir não devem jurar, já não pela consideração do perjúrio, mas pela possibilidade de que os seus testemunhos, com e pelo juramento, não inspirem maior fé que a que merecem. Ora, enquanto a esta segunda teoria, eu entendo que ela se possa afirmar e sustentar em um sistema de provas legais; eu compreendo que a lei, depois de ter afirmado que o testemunho jurado deve inspirar fé plena, venha em seguida excluir o juramento do testemunho do argüido, e, até mesmo, do do ofendido; é um meio, como qualquer outro, para estabelecer a inferioridade probatória dêsses testemunhos. Mas o que se não compreende é como se continui a sustentar semelhante teoria em um sistema de provas destinadas ao íntimo convencimento; nêste sistema, por um particular concurso de razões subjectivas, formais e objectivas, um testemunho não jurado pode sempre inspirar mais fé que um testemunho solenemente jurado. É conseguintemente uma fantasia inspirada pela recordação das provas legais, crêr que, harmonizando o juramento com um testemunho defectivo, se realce não só a sua justa medida, mas também o seu valor probatório. E para evitar êste perigo fantástico, vai-se, ao contrário, de encontro, suprimindo o juramento, a um perigo real: ao perigo de fazer com que minta uma têtemunha, que, talvez, jurando, não teria mentido. Tôdas as observações precedentemente feitas encontram aplicação mesmo aqui: também com êste critério, o juramento é um freio à mentira, que deve empregar-se mesmo quando para isso não haja razão especial.

Parece-nos que se deve recorrer a um critério diverso dos precedentes, para resolver lògicamente a questão das espécies de têtemunhas a quem deve impôr-se o juramento; e êste critério

apresenta-se fácil e natural. Admitindo-se que o juramento exerce sobre o espírito da testemunha uma coacção moral em favor da verdade, sem o que o juramento não teria razão alguma de ser, o núcleo da questão está todo em ver *quais as testemunhas a quem se tem o direito de obrigar a dizer a verdade*: a essas deverá sempre impôr-se o juramento. Não lhes parece claro? Ora, a testemunha, em geral, desde o momento em que é admitida a testemunhar em juízo, pode ser obrigada por todos os meios legítimos a dizer a verdade, porquanto a testemunha, em-quanto se apresenta como tal, tem *a obrigação positiva* de dizer a verdade, donde resulta o direito correlativo de a induzir por todos os meios ao cumprimento dessa sua obrigação. Não há senão uma única excepção a esta regra, e é a favor da testemunha, que é ao mesmo tempo o argüido. O argüido, como em seguida veremos, tem perante a acção penal uma obrigação *negativa*; isto é, a obrigação de a sofrer, e não já de cooperar com ela na própria condenação. Ora, declarar a verdade, e confessá-la, sendo, por parte do argüido, fornecer as provas para se fazer condenar, segue-se que êle é uma testemunha incoercível; não há o direito de obrigar a dizer a verdade, porque se não tem o direito de pretender que êle coopere na própria condenação; e não havendo o direito de obrigar o argüido a declarar a verdade, não se deve obrigá-lo ao juramento, por isso que o juramento é uma coacção moral. Eis aqui, se me não engano, o ponto de vista sob que se deve encarar a questão. E dêste ponto de vista, todos compreendem que não há razão alguma para que o ofendido não deva jurar. O ofendido tem obrigação positiva, como qualquer outra testemunha, de dizer a verdade; há direito para exigir dêle essa verdade; será por isso legítimo applicarem-se-lhe todos aquêles meios de coacção, que são applicáveis a tôda a outra testemunha; e quando se entenda que o juramento é uma coacção moral capaz de impedir a mentira, também o ofendido deverá jurar, com tanta maior razão, quanto maior se julgue ser o impulso que nêle existe para a mentira. Se se julga o juramento capaz de impelir à verdade, o seu emprêgo será tanto mais precioso, quanto maior fôr na testemunha a sua repugnân-

cia em dizer a verdade. B necessário, portanto, submeter ao juramento o testemunho do ofendido, quer queixoso, quer não. O facto de ser queixoso não muda a questão, porquanto não quer dizer senão, que o ofendido manifestou claramente o seu interesse pessoal na condenação do suposto delinquente. E isto porque? Quanto mais prováveis são os impulsos para a mentira, tanto mais, repitamo-lo, precioso é o emprêgo do juramento. Quando, pois, o ofendido tenha jurado, nem por isso o seu testemunho deverá ser tomado como um testemunho insuspeito. À consciência dos julgadores saberá, nos casos concretos, apreciá-lo no seu justo valor, não obstante a solenidade do juramento que o acompanhou. Mesmo sem essa formalidade, no sistema do íntimo convencimento, o testemunho do ofendido pode em determinadas circunstâncias ter outro valor: haveria somente, em todo o caso, uma garantia a menos contra o engano, dispensando-o do juramento.

## CAPÍTULO VI Têstemunho do argüido.

### Sua natureza e espécies

Depois de falarmos do testemunho de terceiro e do ofendido, cabe-nos falar do testemunho do argüido. E preferimos falar genêricamente do testemunho do argüido, antes de passar a estudar em particular a *confissão*, porquanto esta não é mais do que uma das espécies em que aquele pode determinar-se. O facto de ter despresado a consideração geral do testemunho do argüido, atendendo unicamente ao seu testemunho específico constitutivo da confissão, não só é contrário à ordem lógica das ideias, como também, julgo eu, tem arrastado a muitos êrros.

Com efeito, tem sido o facto de não se falar senão exclusivamente de confissão do argüido, que tem feito com que ela seja considerada quasi como que uma prova *suis generis*, uma prova particular e privilegiada. Como primeira consequência disto,

considerando esta prova *sui generis* como a rainha das provas, muitos e por muito tempo julgaram legítimo todo o meio de a obter, a principiar pela abominação da tortura, e a acabar pela injustiça das penas de desobediência. São êrros passados, e não convém por isso ocuparmo-nos dêles. Mas pela reacção, em seguida, passou-se a uma consequência oposta; se, por um lado, considerar a confissão como prova *sui generis* conduziu a exagerar o seu valor probatório e ao emprêgo da violência para a obter, por outro, por razões humanitárias, conduziu, ao contrário, a negar--se-lhe tôda a fôrça e tôda a legitimidade de prova, estigmatizando como imoral e cruel o intêrrogatório do argüido.

Os defensores desta última opinião, os críticos que negam todo o valor probatório à confissão, por isso que ela se funda, como dizem, em uma impossibilidade moral, qual é a vontade de se inculpar, coisa que repugna à natureza humana; os defensores desta opinião não repararam que prejudicavam o próprio argüido, que pretendiam favorecer. Tôdavia é claro: tirando-se o valor à confissão, deixa de ter valor a desculpa; se a palavra do argüido que se acusa não tem valor, a palavra do argüido que se desculpa também não deve ter valor; porquanto, do momento em que se sustenta que a confissão não pode ter valor, visto que repugna à natureza humana acusar-se, tôda a desculpa aparecerá também, não como uma manifestação da verdade, mas como uma evasiva necessária para não confessar: e se a palavra do argüido não deve ter valor algum, nem pró, nem contra êle, é melhor obrigá-lo ao silêncio, não podendo a sua palavra servir senão para enganar, ou fazer perder tempo. Eis aqui a triste condição, em que, com esta teoria filantrópica, se coloca o pobre inocente que, achando-se sob o pêso de uma acusação, precisa desculpar-se. Negar o valor probatório à confissão equivale, portanto, a negar o valor probatório a todo o testemunho do argüido. Ter-se há acaso razão? E lógico negar todo o valor probatório ao testemunho do argüido? Parece-nos que não.

O testemunho do argüido é uma das espécies da prova testemunhal. Ninguém, de boa fé, poderá negar que a palavra do

argüido também tem legitimamente o seu pêso na consciência do juiz, para a formação do convencimento. E sendo assim, a sua palavra é portanto uma prova; e se é uma prova, não pode ser senão uma prova pessoal, e conseqüentemente, dentro dos limites da sua produção oral por nós determinados, um testemunho: é claro como a luz do sol. As suspeitas que nascem da qualidade do argüido no testemunho, não bastam para anular o valor probatório da sua palavra. É isto é verdade; em primeiro lugar porque esta qualidade de argüido nem sempre gera suspeitas em face do teor de qualquer depoimento que êle faça, e depois, porque também no caso de que o teor do depoimento, confrontando com a qualidade de argüido no depoente, justifique a suspeita, mesmo eutão não é lógico concluir que o testemunho do argüido não tem valor algum probatório. Nêste caso, tem-se um testemunho em cuja avaliação se leva em conta um motivo de suspeita: eis tudo. Nunca se afirmou, nem podia afirmar, que o testemunho suspeito não é prova têtemunhal. O testemunho do argüido é, portanto, para nós, um testemunho como qualquer outro, com uma qualidade particular na têtemunha, que, nem sempre, mas em determinados casos, dá lugar a suspeitas que devem ser levadas em conta, como qualquer outra suspeita do testemunho.

Da qualidade de argüido na têtemunha não deriva senão uma peculiaridade constantemente característica do seu testemunho: enquanto que tôda a outra têtemunha pode ser obrigada ao cumprimento do dever civil de depôr, o argüido, ao contrário, como tal, é uma têtemunha incoercível. Vejamos porque, considerando a medida das obrigações que o argüido tem em face da justiça penal.

Do mesmo modo que a pessoa materialmente ofendida pelo crime tem direito a uma *reparação civil*, que consiste na indenização imposta ao réu, assim também a sociedade ofendida moralmente pelo crime tem direito a uma *reparação social*, que consiste na pena infligida ao réu. Êste direito, que tem a sociedade, de infligir a pena ao delinqüente, é um *direito exigível*, a que, como a todo o direito exigível, deve corresponder uma obrigação.



Se a sociedade tem direito de infligir a pena, o delinquente deve, em consequência, ter a obrigação de a sofrer. Mas qual a natureza desta obrigação?

A um direito exigirei podem corresponder duas espécies de obrigações: pode ficar-se obrigado *a empregar* as próprias forças para a satisfação do direito, ou pode ficar-se simplesmente obrigado *a não opôr* as próprias forças à satisfação de um direito: *obrigação positiva*, a primeira; *obrigação negativa*, a segunda. Ora, é desta última espécie a obrigação do delinquente: não é ele obrigado a actos seus para ser atingido pela pena; isso é contra a natureza humana; ele é simplesmente obrigado a sofrê-la.

Esclarecida, assim, a natureza das obrigações que tem o arguido em face da justiça penal, deduz-se logicamente e claramente, que o arguido não pode ser obrigado a confessar, por isso que obrigá-lo a confessar seria obrigá-lo a usar de um acto seu para ser atingido pela pena. E se o arguido não pode ser constrangido a *confessar*, segue-se também que não pode ser obrigado a *testemunhar* de modo algum; em primeiro lugar porque só ele é juiz competente de si e de como a sua palavra possa ser uma arma contra si, e depois porque, se se obrigasse o arguido a testemunhar, reconhecendo, ao mesmo tempo, nêle, o direito de não afirmar a verdade eventual do próprio delito, não se faria mais do que constrangê-lo eventualmente a mentir: a coacção para atestar a verdade resolver-se-ia quanto ao arguido em coacção para a mentira, cujo direito se lhe reconheceria, desde que se lhe reconhece o direito de não afirmar a verdade do próprio delito. O arguido, portanto, em geral, diferentemente de qualquer outra testemunha, é uma testemunha incoercível.

E aqui, se me não engano, aparece sob a sua verdadeira luz a inanidade dos argumentos lógicos, recrutados para negar o valor de prova à confissão; argumentos que, se fôsem verdadeiros, tirariam, como vimos, o valor a todo o testemunho do arguido. Disse-se: repugna à natureza humana acusar-se a si mesmo. Pois bem, senhores, agora que demonstramos como deve entender-se e respeitar-se esta repugnância, não pode deduzir-se dela logicamente senão o que anteriormente afirmamos: isto é,

que o argüido não p<sup>q</sup>de ser obrigado a t<sup>ê</sup>stemunhar. Mas do momento em que um seu testemunho, incriminatório ou dirimente, existe, não há razão alguma para que *ê*le se não deva considerar como qualquer outro testemunho, levando sempre em conta igualmente aquelas suspeitas particulares que nascem da sua particular qualidade de argüido no juízo especial.

Mas acrescenta-se: se à natureza humana repugna alguém acusar-se, t<sup>ô</sup>da a confissão efectuada deve ser considerada como falsa. Devagar! a premissa é indeterminada, e a consequência é mais ampla do que a verdade. Se repugnasse à natureza humana alguém inculpar-se *invençível e inexceptionalmente*, teriam razão os adversários. Mas isso não é verdade. Não é verdade sob o ponto de vista do facto, porquanto mil confissões, a verdade de cujo conteúdo foi verificada em mil juízos, são a prova do contrário. Não é verdade sob o ponto de vista das considerações psíquicas, porquanto se na consciência humana há um motivo genérico que se opõe à confissão da própria criminalidade, motivos há também específicos, que nos casos especiais-impelem à confissão, vencendo aquele motivo genérico que se lhe opõe, como veremos ao falarmos em particular da confissão.

Não há, portanto, razão para retratar a nossa primeira afirmação: o depoimento do argüido, seja qual fôr o seu teor, *è* sempre também *ê*le uma prova t<sup>ê</sup>stemunhal.

Mas *ê*ste testemunho do argüido sendo importantíssimo entre os testemunhos, e tendo subespécies, julgamos conveniente, em virtude da importância do assunto, distinguir essas subespécies, para clareza de método e para exactidão de considerações.

Antes de mais o testemunho do argüido pode ter por objecto o *facto próprio*, ou o *facto alheio*. Temos, portanto, uma primeira distinção:

- 1.º Testemunho do argüido, s<sup>ô</sup>b<sup>re</sup> facto próprio;
- 2.º Testemunho do argüido, s<sup>ô</sup>b<sup>re</sup> facto alheio.

O *Testemunho do argüido, s<sup>ô</sup>b<sup>re</sup> facto próprio*, pode ter natureza diversa, segundo conduz à afirmação dos factos materiais e morais da acusação, e negá-los, ou então à afirmação de

alguns e à negação de outros. O testemunho do argüido sôbre facto próprio subdivide-se, portanto, assim:

- 1.º Justificação;
- 2.º Confissão;
- 3.º Confissão justificativa, ou qualificada.

Emquanto ao *testemunho do argüido, sôbre facto alheio*, devendo avaliar-se segundo diversos critérios, conforme o argüido confessou, no todo ou em parte, o facto próprio, ou dêle se justifica, subdivide-se assim:

- 1.º Têstemunho, sôbre facto alheio, ao argüido que confessa no todo ou em parte;
- 2.º Têstemunho, sôbre facto alheio, do argüido que se justifica.

São estas as várias sub-espécies a que teremos de atender rápida e sucessivamente neste nosso tratado.

Começaremos por considerar o valor concreto do testemunho do argüido, porquanto até agora não afirmamos senão o seu valor genérico de prova têstemunhal; e passaremos em seguida ao exame particular das subespécies que acima designamos.

## TITULO I DO CAPÍTULO VI

### **Avaliação concreta do testemunho do argüido**

Falando do *testemunho em geral*, examinamos separadamente os critérios dirigentes que devem conduzir à sua avaliação concreta. Ora êsses mesmos critérios servem também para avaliar concretamente o *testemunho do argüido*.

Conquanto não seja necessário repetir aqui a exposição daquêles critérios, será conveniente contudo chamá-los rapidamente à memória, referindo-os ao testemunho particular de que aqui nos ocupamos.

Como para qualquer testemunho, também para o testemunho do argüido, os motivos corroboradores e infirmativos da credibilidade concreta podem derivar de uma tríplice fonte: da

consideração do *sujeito*, da *forma*, ou do *conteúdo* do testemunho.

Com o mesmo método já empregado, recordá-las hemos em seguida rapidamente, e enquanto interessam particularmente ao testemunho do argüido, de que nos ocuparemos agora em especial. Para os desenvolvimentos mais amplos remetemos para a nossa primeira exposição.

#### *I — Avaliação subjectiva do testemunho do argüido*

Dissemos já que da testemunha podem derivar razões de *falta de idoneidade* e razões de simples *suspeita*.

Começando por considerar as razões de falta de idoneidade em relação à testemunha argüido, é necessário observar que nem tôdas as razões' gerais de carência de idoneidade lhe são, *como tais*, aplicáveis.

Dissemos que as razões de falta de idoneidade são de duas espécies: ou a testemunha é incapaz por deficiente percepção da verdade, ou a testemunha é incapaz por deficiente vontade de dizer a verdade.

Emquanto à primeira espécie de incapacidade, incapacidade intelectual ou sensória, entende-se que ela tem o efeito de depreciar o testemunho do argüido, como o de qualquer outra testemunha. Quer sejam próprios ou alheios os factos que formam objecto do. testemunho do argüido, é sempre do mesmo modo claro que a privação da mente, na época da percepção ou naquela em que se narram os factos, tira todo o valor probatório à sua palavra. Assim, a privação de um sentido, relativamente a sensações que nêle se referem. Tudo isto é claríssimo. A propósito da privação de mente do argüido, observemos simplesmente, de fugida, que se essa privação de mente é relativa precisamente ao tempo da execução do crime, desaparece a legitimidade da arguição, e se é relativa ao tempo do julgamento, desaparece a legitimidade da actual aplicação da pena; mas são estas considerações estranhas ao nosso ponto de vista, que é o do valor probatório da palavra do argüido.

Emquanto, pois, à segunda espécie da incapacidade, à inca-

pacidade moral, não deve ela ser atendida em relação ao argüido do mesmo modo que para qualquer outra testemunha. Dissemos já em lugar próprio que não idôneas por deficiente vontade d» dizer a verdade são as que devido a um *dever moral* são impedidas a ocultá-la. Agora é necessário observar que a grande importância desta espécie de carência de idoneidade consiste nisto» que em face do dever moral que obriga a ocultar a verdade, vem a faltar o direito de a obrigar a dizê-la, e por isso a testemunha deve ser excluída do julgamento. No entanto, estas duas deduções, em que assenta a grande importância dessas razões de não idoneidade, não teem valor algum para o argüido. Por um lado sendo êle, como demonstramos, testemunha incoercível, nunca pode ser obrigado a testemunhar; por outro, sendo êle parte em juízo nunca pode ser excluído. Conclui-se daqui que esta espécie de não idoneidade não tem, como tal, valor relativamente ao argüido.

I Falando desta espécie de falta de idoneidade a propósito de testemunho em geral, vimos já que ela se concretiza na hipótese do segredo confidencial de ofício e na do íntimo parentesco, por isso que aconselham a não trair o confidente nem o parente. Ora, se considerarmos em particular o motivo de falta de idoneidade moral consistente no segredo confidencial de ofício, vê-se claramente que êle não tem aplicação alguma, senão enquanto serve para subtrair legitimamente a testemunha à obrigação de testemunhar; segue-se daqui que êsse motivo não tem importância alguma relativamente ao argüido, porquanto êste não tem tal obrigação; tem sempre o direito de se calar. Por êste motivo não será justificável, contra o depoimento do argüido senão a simples *suspeita*; e se o argüido se servir da afirmação de um tal motivo como obrigando-o a calar-se, fá-lo há no intuito de justificar mais ou menos o seu silêncio, para que não seja interpretado em seu prejuízo. Se considerarmos em particular o motivo da falta de idoneidade moral consistente no íntimo parentesco, é claro também que o íntimo parentesco não tem fôrça para tirar a idoneidade à testemunha senão quando ela se considera como sendo obrigada a falar: a testemunha que, sendo obrigada a depôr sob

o facto de seu parente, se tivésse ao mesmo tempo o sentimento da solidariedade doméstica, que impele a mútua defesa, não poderia ceder ao impulso dêste sentimento, senão mentindo, para esconder o que eventualmente conhecêsse a respeito da verdadeira criminalidade do seu parente argüido. Quanto ao argüido, ao contrário, o caso é diverso; para êle há sempre um meio de fugir: pode calar-se. Suponhamos, porém, que o caso de êle preferir falar sôbre o facto do seu parente; poder-se há, nêste caso, encontrar no íntimo parentesco uma razão de *suspeita* contra a palavra do argüido, mas não já orna razão de falta de idoneidade como em qualquer outra têtemunha. As razões de falta de idoneidade, por deficiente vontade de dizer a verdade, não podem, portanto, como tais, ter valor para o argüido: em primeiro lugar, porque podendo êle manter-se calado, não se encontra, como se encontraria qualquer outra têtemunha, no bêco sem saída, de trair um dever moral ou de mentir; e em segundo lugar porque no espírito do argüido, o interêsse próprio fala mais alto que o alheio, e o interêsse próprio aconselha-o a não trair a verdade por respeito a outrem: trair a verdade por respeito de outrem, com quanto não prejudique directamente o argüido, prejudica-o sempre indirectamente, dispondo mal o espírito dos julgadores para com êle. O interêsse alheio nunca pode ter uma fôrça decisivamente impulsiva sôbre o espírito, quando se ache em jôgo o interêsse próprio,, na gravidade de um julgamento penal, que pode levar a conseqüências material e moralmente desastrosas para o argüido. O interêsse alheio não pode conseguintemente ser, para o argüido, uma razão suficiente de ausência de idoneidade: não pode ser mais que uma razão de *suspeita*.

E passemos a falar das *suspeitas* contra o testemunho do argüido.

São têtemunhas *supeitas*, dissemos nós, as que teem razões pessoais, que induzem à dúvida sôbre a sua credibilidade. A credibilidade da têtemunha subjectivamente pode ser infirmada quer por qualidades pessoais que incluam a facilidade em se enganar, quer por qualidades pessoais que incluam a fácil vontade de enganar: no primeiro caso, a têtemunha perde a fê pela

suspeita de incapacidade intelectual ou sensória; no segundo caso, a testemunha perde a fé pela suspeita de incapacidade moral.

Emquanto ao primeiro caso, como para qualquer outra testemunha, é claro, também para o argüido, que a sua fraqueza, permanente ou transitória, de inteligência, quer se refira ao tempo da observação, quer ao da sua narração, inclui sempre a facilidade de que êle se engane. E na suspeita por fraqueza intelectual do argüido entra, como para qualquer outra testemunha, a suspeita derivada da sua pouca idade.

É claro também que, além da fraqueza intelectual, fraqueza de um dado *sentido* da mesma sorte deve originar a suspeita de que o argüido se engana nas suas afirmações relativas ao sentido que tem enfraquecido.

Falando de fraqueza da inteligência e dos sentidos, sabemos que é necessário compreender nela também a que consiste no enfraquecimento da sua função, *relativamente ao objecto observado ao tempo da observação*. É necessário, em suma, levar em conta, sempre que seja necessário, o estado de espírito e do corpo da testemunha em presença do facto que ela refere como tendo-o presenciado; para se obter um conceito da força com que as suas faculdades *devem ter podido funcionar*. Um estado de sobreexcitação ou de abatimento de espírito, proveniente de uma causa qualquer, como uma perturbação física de momento, pode destruir ou diminuir o funcionamento normal dos sentidos e da inteligência, não deixando perceber serena e exatamente os factos particulares que, em seguida, são objecto do seu testemunho; também por isso neste caso existirá um motivo legítimo de suspeita contra a testemunha. Ora, este motivo tem uma grandíssima importância enquanto se refere ao argüido, por isso que respeita não tanto à percepção da sua acção criminosa, quanto às percepções acessórias, simultâneas ou imediatas, sucessivas à execução do crime. Conquanto o delinquente se queira conservar calmo e imperturbável, no momento da acção criminosa acha-se dominado por uma sobreexcitação, caindo logo em seguida em um abatimento, que lhe tornam difícil a exacta percepção dos detalhes das coisas circunstantes; e isto principalmente quando

se trata de um crime de ímpeto, ou mesmo de crimes, que, conquanto não nascidos do ímpeto, consistem em violências contra as pessoas, ou são acompanhados delas.

Isto relativamente ao argüido suspeito por facilidade de se enganar. Passemos agora ao argüido suspeito por vontade de enganar.

Na consciência humana existe uma força viva que se opõe à mentira: é o sentimento moral. Ora, tôdas as vezes que de uma condição particular do argüido, abstraindo do facto que se lhe imputa, se deduz a ausência ou o enfraquecimento desta força interior, que é um obstáculo à mentira, a palavra do argüido perde a fé. O argüido que se verifique ter já sido condenado por crimes torpes, o argüido, que se prova ter uma vida de torpezas e inconciliável com o sentimento moral, tem em si próprio, contra a sua palavra, uma causa de descrédito que a enfraquece, e torna suspeita a sua credibilidade.

Mas mesmo não se achando enfraquecido o sentimento moral na consciência, há por vezes motivos contrários, subjectivamente mais fortes, que triunfam dêle, e arrastam à mentira. Êstes motivos que impelem a combater e por vezes a vencer a natural repugnância que a testemunha tem a mentir, não consistem senão nas suas paixões. Ora, tôdas as paixões reduzem-se a duas origens: o amor e o ódio.

No amor e no ódio encontrar-se hão, por isso, relativamente ao argüido, como a qualquer outra testemunha, duas origens de suspeita contra a sua credibilidade moral.

Começando pelo amor, pode êle ter por objecto a própria pessoa, ou outrem.

*O amor de si próprio*, como motivo de suspeita contra o argüido, afirmando-se como interesse pessoal na causa, tem uma grandíssima importância no depoimento que êle faz *em proveito próprio*, sobre o facto próprio, ou sobre facto alheio excluindo o I próprio. É êste o motivo de suspeita que surge contra tôdas as desculpas, directas ou indirectas, do argüido.

Mas o amor de si mesmo não só pode impelir o argüido à mentira para alcançar a *vantagem judicial* de uma sentença do



magistrado em harmonia com os seus interesses, mas também, para alcançar, hipótese mais rara, uma *vantagem extra-judicial*.

É possível fazer-se um depoimento falso mesmo em desvantagem própria, acusando-se de um crime cometido, para salvar o verdadeiro criminoso, que tenha prometido uma compensação adequada. Esta suspeita, em determinadas condições, pode ter toda a sua legitimidade. Suponhamos que um sujeito rico se encontra envolvido em um processo por um crime que se lhe imputa, e que de repente se apresenta perante o juiz um pobre diabo, de quem ninguém suspeitara, e vem acusar-se de ter sido ele, e não outra pessoa, o autor do crime em questão: não será então legítima a suspeita de que ele está fazendo uma falsa confissão, por motivo de uma compensação pecuniária prometida? E não é esta a única hipótese de uma vantagem que, apresentando-se como derivada da própria condenação, possa impelir o arguido a mentir contra si próprio: vê-lo hemos ao falarmos de confissão em particular.

*O amor pelos outros*, como causa de suspeita contra a palavra do arguido, concretiza-se no parentesco ou na amizade do arguido para com aquelas pessoas sobre cujo facto e em cuja vantagem depõe. Suponhamos que um pai arguido e um marido arguido, comquanto confessos relativamente a si próprios, negam a cumplicidade do filho e da mulher, ou então que não confessando a criminalidade própria, negam também a daqueles; todos compreendem que em tais casos é legítima a suspeita de que o arguido minta em proveito do filho e da mulher, pelo amor que lhes tem.

*O ódio pelos outros*, como causa de suspeita contra o arguido, manifesta-se nos casos de depoimentos feitos por ele em prejuízo de uma pessoa que odeia, acusando-a de criminalidade, ou de cumplicidade, no crime que está *sub-judice*.

Desde que se prove a inimizade que o arguido tem a uma dada pessoa, torna-se logicamente suspeita a sua palavra acusadora contra ela.

O ódio, como causa de suspeita, só pode em regra afirmar-se *relativamente a outrem*. O caso excepcional de ódio a si pró-

*prio* só se poderia imaginar na hipótese de um argüido preso por monomania suicida, que sob uma legislação que admite a pena de morte, depozesse contra si próprio numa causa capital. Hipótese, de resto, dificilmente verificável, porque mesmo para a determinação do suicídio, se apresentaria sempre, à mente do argüido, como preferível uma morte não seguida de infâmia, preferivelmente à que teria lugar pela mão do carrasco. Mesmo havendo o desejo de morrer, é natural que se prefira não deixar uma memória infame, ou desprezível.

Eis aqui resumidos rapidamente os motivos de suspeita que, do mesmo modo que em relação a qualquer outra testemunha, podem apresentar-se como ligados à pessoa do argüido, desacreditando a sua credibilidade, sôb o ponto de vista subjectivo.

## II—*Avaliação formal do testemunho do argüido*

Para avaliar exactamente o testemunho do argüido, igualmente ao que sucede quanto a qualquer outro testemunho, não basta atender às condições pessoais que, abstraindo do depoimento concreto, aumentam ou diminuem a sua fé. É necessário atender também às exterioridades formais em que o depoimento se realiza.

Há exterioridades que aumentam ou diminuem o valor do testemunho, por isso que servem directa ou indirectamente para manifestar qual o espírito da testemunha. Há outras exterioridades que aumentam ou diminuem o valor do testemunho, por isso que, verificando-se, consideram-se como formas protectoras da verdade, e não se verificando, a sua falta é considerada como um perigo de êrro para o juiz, perigo que, naturalmente, diminui o valor do depoimento. Isto é tão verdadeiro quanto ao testemunho em geral, como quanto ao testemunho do argüido em especial.

Vejamo-lo em primeiro lugar relativamente às exterioridades que servem directamente para manifestar o espírito da testemunha.

O pensamento humano exterioriza-se na palavra, para se

transmitir de homem a homem. Ora, a linguagem, por isso que é a directa manifestação do pensamento do argüido, no seu depoimento, é o primeiro critério formal para a avaliação dêste. Para que o testemunho do argüido revele a verdade não basta que êle se não engane e não queira enganar, é mister também que a verdade seja expressa por êle de um modo que lhe corresponda, manifestando-o tal qual se lhe apresenta ao espirito. A linguagem, portanto, sendo a expressão directa do pensamento, conforme, para o exprimir, mostra maior ou menor clareza e precisão, ela por isso realça ou abaixa o valor probatório do testemunho do argüido, assim como o de qualquer outra pessoa.

Mas há ainda outras exterioridades formais do testemunho, que, para a sua avaliação, são levadas em conta como manifestações *indirectas* do espirito da têtemunha. Estas exterioridades podem consistir no próprio *depoimento*, ou na *pessoa* da têtemunha.

Emquanto aos critérios formais derivados *do depoimento* próprio, compreende-se como o discurso têtemunhal do argüido, reflectindo as secretas disposições do seu espirito, esclareça indirectamente sôbre a sua veracidade, e faça aumentar ou diminuir a sua fé. Assim, a *animosidade* com que o argüido depõe sôbre o facto alheio, diminuirá a fé na sua palavra, fazendo supôr nêle a existência de paixões que podem ser um impulso para a mentira. Assim, a *afecção* do seu discurso, em geral, será outra causa de descrédito, fazendo supôr um estudo e um esforço do espirito, que pareçam mais conciliáveis com a mentira que com a verdade, por isso que esta última difficilmente se desliga da naturalidade. Assim, finalmente, a *identidade de discorrer*, que parece premeditada, entre o depoimento do argüido e o de outras têtemunhas, tirará a fé a um e aos outros, fazendo supôr um acôrdo anterior e comum, concôrto a que não costumam recorrer senão as têtemunhas que querem mentir. E vice-versa, a equanimidade, a naturalidade, a falta de premeditação na expressão, são consideradas como três causas formais de aumento de fé no testemunho do argüido.

Emquanto aos critérios formais deduzidos *da pessoa* da tes-

temunha como revelações indirectas do seu espírito, são de uma grandíssima importância para o testemunho do argüido em especial. Quem se acha sob o peso de uma acusação não pode ser indiferente, nunca pode conservar completamente a sua calma; está ordinariamente num estado de sôbreexcitação interior; se inocente, porque se sente injustamente acusado; se culpado, pela recordação do crime cometido, e pelo pensamento da justa pena que tem de sofrer. Nestas condições, compreende-se como o estado de espírito do argüido deva, mais facilmente que o de qualquer entra têtemunha, revelar-se na sua conduta, dando muitas vezes uma importante acumulação de indícios, em favor, ou contra a fé da sua afirmação. A maneira como o argüido se comporta ao depor deve, portanto, ser levada em conta, para avaliar o seu depoimento: bastará, por vezes, uma exclamação imprevista, uma palidez inesperada ou uma imprevista iluminação do seu rosto, bastará um gesto, e por vezes até um simples olhar, para revelar a veracidade ou a falsidade da palavra do argüido.

Mas, além das exterioridades formais que acreditam ou desacreditam o testemunho revelando o estado de espírito da têtemunha, será necessário, além disso, para a completa avaliação do testemunho do argüido, atender a tôdas as formalidades protectoras da veracidade, que a arte criminal aconselha.

A respeito da *produção judicial da prova*, forma primária e geral de todo o testemunho, já nos ocupamos suficientemente para não sentirmos necessidade de tornar aqui a tratar dela. Remetemos por isso ao que escrevemos a propósito de avaliação formal do testemunho em geral. Aqui observaremos simplesmente, que para a maior importância que apresenta o testemunho do argüido relativamente aos outros testemunhos, podendo êle ter maia facilmente um peso decisivo sôbre o convencimento do magistrado, tôdas as razões que desenvolvemos ao expormos o aumento de valor que deriva da produção judicial da prova, e a diminuição de valor que deriva da produção extra-judicial devem ser mais escrupulosamente levadas em conta a propósito de tes-

temunho do argüido. O testemunho do argüido só tem todo o seu valor quando feito no debate público, e ó o caso do têtemu-



nho judicial pròpriamente dito; ou quando feito fora do debate público, mas perante o juiz competente, com tôdas as formalidades prescritas, e é o caso do testemunho quâsi-judicial. O teste-

munho, ao contrário, pròpriamente extra-judicial do argüido, tem apenas um valor mínimo, não só pela qualidade da têtemunha de segundo grau a que se refere, e que poderia fàcilmente ter-se enganado ao ouvir, ou querer enganar ao referir, mas principalmente pela ligeireza inconsiderada, ou mentirosa, das afirmações a que o argüido podia ter-se entregado nas suas conversas particulares.

Emquanto ao *intêrrogatório*, a principal de entre as formalidades secundárias aconselhadas pela arte criminal como protectoras da verdade, também falamos suficientemente dêle, mostrando como serve não só para descobrir e corrigir os êrros possíveis do juiz, mas também para descobrir e corrigir os êrros da têtemunha, e para descobrir e paralisar a sua possível vontade de enganar. Tudo quanto dissemos em geral deve repetir-se aqui relativamente ao testemunho do argüido, mesmo quanto à proibição da sugestão ilícita na intêrrogação. Acrescentaremos aqui única-

mente, que se a sugestão ilícita é simplesmente uma violência contra a verdade em relação a qualquer outra têtemunha, ao contrário, em relação ao argüido em especial, é também uma violência contra a justiça. O argüido inocente que se vê traído ou violentado pelo modo de intêrrogar do juiz, perde tôda a fê na justiça humana, e perde até por vezes tôda a fôrça para exercer o sagrado direito da sua defesa. A sugestão, odiosa em face de tôda a têtemunha, é odiosíssima em face do argüido, tentando arrastá-lo pela fôrça, ou enganando-o, a entregar as armas contra si próprio.

Nós, reconhecendo, pelo que dissemos em outro lugar, ao argüido o direito de não responder, reconhecemos também no magistrado o direito de o intêrrogar; mas para que êste último direito não entre em conflito com o primeiro, é necessário que o intêrrogatório proceda sem insídias e sem violências. O intêr-

rogatório é tão útil para a descoberta da verdade, que não é lícito desprezá-lo principalmente quanto ao argüido, e não só

no intuito de alcançar a descoberta da sua eventual criminalidade, como também, e principalmente, no intuito de alcançar a descoberta da sua eventual inocência; mas o *intêrrogatório*, repito, só será legítimo enquanto respeite à consciência do argüido, a quem se reconhece o direito do silêncio. Para a completa avaliação formal do testemunho do argüido, como a *produção judicial*, como o *intêrrogatório*, assim também devem ser levadas em conta tôdas as outras formalidades consideradas pela arte criminal como protectoras da verdade.

Há comtudo, uma formalidade que, comquanto tenha sido julgada como favorável à verdade para qualquer outro testemu-  
nho,

deve sempre excluir-so do testemunho do argüido: é o *juramento*. Já rimos qual a razão.

Procurando determinar qual a natureza do testemunho do argüido, partindo da premissa de que a obrigação do delinqüente em face da justiça social é apenas *negativa*, deduzimos lógica-

mente  
que o argüido, diferentemente de qualquer outra, é uma têtemunha incoercível. O argüido, dissemos, não só não pode ser constrangido a *confessar*, como não pode também ser obrigado a *têtemunhar* de qualquer modo. Ora, o juramento não se considera como formalidade protectora da verdade senão quando se julga capaz de exercer uma coacção interior, obrigando a têtemunha a dizer a verdade. O juramento está conseguintemente em contradição com o direito do argüido a não têtemunhar, ou simplesmente a não confessar a sua criminalidade; por isso que o juramento é uma coacção sôbre o seu espírito, e tôda a coacção, interna ou externa, obrigando o argüido a confessar, é sempre ilegítima, e deve regeitar-se. Por isso nas legislações positivas não existem penas de falso testemunho para o argüido, e também não há conseguintemente a formalidade da *indicação* das penas que ameaçam a têtemunha falsa, indicação que, relativamente a qualquer outra têtemunha, é uma formalidade importante, observada pelo juiz, para servir de obstáculo à possível vontade de enganar da têtemunha.

E basta sôbre a avaliação formal, em relação com o testemunho do argüido.

III — *Avaliação objectiva do testemunho do argüido*

Como em relação a qualquer outro testemunho, também quanto ao testemunho do argüido não basta atender ao *sujeito* e à *Jorma*; é necessário atender também ao seu *conteúdo*, para que se possa avaliar completamente. Recordemos rapidamente os critérios objectivos da avaliação.

1.º O argüido que afirma factos *incríveis*, seja mesmo a seu cargo, não merece fé alguma; e se afirma factos *inverosímeis*, inspirará uma fé mais ou menos limitada, segundo o grau da inverosimilhança.

2.º O testemunho do argüido, relativamente aos factos cuja percepção é normalmente enganadora, não poderá inspirar a mesma fé que inspira relativamente aos factos cuja percepção] não se acha ordinariamente sujeita a erros. A natureza, normalmente enganadora ou não enganadora dos factos afirmados, é um critério objectivo de avaliação que não deve desprezar-se.

3.º O testemunho do argüido, comquanto tenha os maiores requisitos de credibilidade, nunca poderá inspirar ao juiz maior fé, que a que o próprio argüido tem nos factos afirmados. E por isso o conteúdo do seu testemunho, quanto mais *dubitativo*, se apresenta, tanto menos valor probatório possui; e vice-versa.

4.º Porém, se o conteúdo dubitativo do testemunho excluindo a certeza da têtemunha, não pode inspirar fé ao juiz, muito menos a pode inspirar o conteúdo contraditório. O argüido que cai em contradições no contexto do seu depoimento, não só não deixa ver uma certeza em sentido determinado no seu espírito, mas revela também uma possível vontade de enganar.

O testemunho do argüido, quando é em si mesmo contraditório, perderá por isso mais ou menos fé, segundo a natureza dos factos sôbre que recai a contradição, e em relação àquêles mesmos critérios que expozemos a propósito da avaliação objectiva do testemunho em geral.

5.º O testemunho do argüido também, como qualquer outro, tem tanto maior valor, quanto melhor reproduzir a reali-

dade concreta dos factos. Ora, sendo os factos concretos todos determinados, tanto maior valor terá o testemunho do argüido, quanto maior *determinação* apresentar na afirmação dos factos; e o seu valor diminuirá até reduzir-se a nada, à medida que se apresentam mais indeterminados.

Êste critério exerce maior influência a propósito do testemunho do argüido sôbre um facto próprio. Do facto alheio ó possível logicamente ignorar algumas determinações, cuja ignorância seria inexplicável relativamente ao facto próprio, e traria, como consequência, graves suspeitas de mentira.

6.º Para inspirar fé no testemunho não basta determinar os factos afirmados, é necessário determinar também como é que êles fôram percebidos pelo afirmante, por outros termos, é necessário, como dizem os práticos, *dar a razão da sciência própria*.

O testemunho do argüido, como qualquer outro, tem tanto valor probatório, quanto de exacto tem a percepção dos factos afirmados; e se se não sabe como a percepção teve lugar, não pode haver fé na sua exactidão.

7.º Relativamente à realidade de um facto, é natural que, afirmar tê-lo percebido com os próprios sentidos, deve inspirar sempre mais fé, que afirmá-lo por ter ouvido dizer. O testemunho do argüido, como o de qualquer outro, se é por *sciência própria* tem por isso um valor probatório muito superior ao que teria, se fôsse por *ouvir dizer*, no sentido e pelas razões por nós determinadas.

8.º Temos até aqui falado de critérios objectivos de avaliação que derivam da avaliação do depoimento em si mesmo.

Mas não é só da consideração do depoimento em si mesmo que podem derivar razões de descrédito para o testemunho; elas podem derivar também da relação entre o conteúdo de um testemunho e o de outro, proveniente da mesma ou de outra testemunha. Sob êste aspecto extrínseco, portanto, pode também o testemunho do argüido perder ou adquirir valor: perdê-lo, pela sua contradição com outros do próprio argüido ou de outra testemunha, adquiri-lo, pela conformidade dêle com outro depoimento, quer do próprio argüido, quer de outra testemunha.



Emquanto à contradição entre um depoimento e outro do mesmo argüido, compreende-se que ela seja uma gravíssima razão de descrédito. É lógico supôr que quem se encontra sob uma acusação penal use de maior seriedade e de maior atenção ao depor, especialmente nos seus depoimentos judiciais ou quasi-judiciais, que um terceiro, alheio ao julgamento; e por isso as contradições do argüido são menos facilmente justificáveis que as de um terceiro, e induzem maior descrédito. Em todo o caso, apresentando-se um depoimento em contradição com outro precedente do mesmo argüido, a medida do seu verdadeiro valor probatório será determinada pela maior ou menor seriedade de razões que apresenta o mesmo argüido, para explicar a alteração superveniente nas suas afirmações.

Emquanto à contradição entre o testemunho do argüido e o de outra testemunha, compreende-se também como ela seja uma grave razão de descrédito. O testemunho do argüido, neste caso, perde valor em razão da natureza dos factos sobre que recai a contradição, coisa que esclarecemos anteriormente, e proporcionalmente ao valor probatório que se atribui ao testemunho contrário. Se este tem um valor igual ao do testemunho do argüido, e se se contradizem de um modo injustificável, um e outro perdem todo o valor probatório, ilidindo-se reciprocamente. Como a *contradição* tira o valor ao testemunho do argüido, compreende-se facilmente que o facto de êle não ser contraditado mantém-lhe aquele valor probatório a que tem direito em conse-

quência de tôdas as outras considerações subjectivas, formais e objectivas: a sua conformidade, pois, com outros, aumenta o seu valor em razão directa do número e do valor dos testemunhos contêstes que existam.

Eis aqui rapidamente percorrido o campo dos critérios subjectivos, formais e objectivos de avaliação, que como para qualquer outro testemunho, tem valor para o testemunho do argüido. Para desenvolvimentos mais amplos, remetemos para o nosso primeiro exame.

Aqui, era-nos necessário mostrar, somente, que à avaliação do testemunho do argüido presidem aquêles mesmos critérios

que consideramos como dirigentes na avaliação do testemunha em geral, critérios que, como veremos, tem também a sua aplicação nos devidos limites a propósito daquele testemunho específico do argüido, que se denomina *confissão*.

#### IV — *Valor do testemunho clássico do argüido*

Mencionamos de um modo geral todos os motivos de descrédito que, como em qualquer outro testemunho, depreciam o testemunho do argüido. Sempre que um dêesses motivos tenha valor relativamente ao testemunho concreto do argüido, êste é *dejectivo*. Sempre que, ao contrário, o testemunho do argüido se apresenta sem algum dêestes motivos de descrédito, êle denomina-se *clássico*.

Ora, se um testemunho do argüido se apresenta como clássico, terá êle um valor probatório ilimitado? Deixemos de parte o testemunho *do* argüido sôbre facto alheio, que se entende que não pode ter, em geral, valor superior ao do testemunho de terceiro, e suponhamos uma *confissão*, isto é, um testemunho que, sendo desvantajoso para quem o faz, não apresenta o motivo de suspeita de interesse na causa. Suponhamos que essa confissão pareça, quanto ao seu conteúdo, um espelho da verdade, e quanto à sua forma, tenha sido feito pela melhor possível. Semelhante confissão terá força para provar completamente tudo quanto afirma, e o confêssor, pelo menos neste caso de legítima credibilidade, deverá ter-se por convencido?

É o que tem sustentado alguns que consideram a confissão como uma prova *sui generis*, e privilegiada. Mas para nós a confissão não é senão uma subespécie do testemunho do argüido, do mesmo modo que êste não é senão uma subespécie do testemunho em geral. Os limites probatórios do testemunho em geral são por isso determinados em relação ao argüido, e mais particularmente também em relação à confissão.

Não há razão suficiente que justifique a ilimitação probatória da confissão do argüido. O argüido, como qualquer outra testemunha, é um homem que, não obstante tôdas as aparências

de credibilidade, pode enganar-se e enganar. Os limites de todo o testemunho subsistem também para êle: mencionemo-los novamente:

1.º Se a simples palavra do argüido, sem auxílio de outras provas, é a que afirma a sua criminalidade, êste testemunho do argüido, esta confissão que não é reforçada por qualquer outra prova, não poderá, por si só, produzir a certeza no espírito dos julgadores.

Mas poderá dizer-se: em face do próprio argüido, que afirma a justiça da condenação, a condenação é legítima ? Não, respondemos; não se trata de direitos particulares alienáveis, para que o reconhecimento da parte seja só por si criador de direitos. Em matéria penal entram em jôgo direitos sagrados, que devem ser respeitados mesmo na pessoa que não sabe o que fazer dêles, -e a êles renuncia por uma ou outra razão. Para justificar o direito de punir não basta o reconhecimento do réu: é necessária a certeza da criminalidade. E esta certeza não pode derivar da simples palavra do argüido, como prova única da criminalidade. Na ausência de qualquer prova incriminatória, a própria espontaneidade da acusação contra si mesmo será uma fonte de legítimas suspeitas contra a credibilidade do argüido, e estas suspeitas tornarão defectivo aquele seu testemunho que sob qualquer outro aspecto se apresenta como clássico. No caso de uma confissão que seja única prova contra quem a faz, todos os motivos de descrédito da confissão, motivos que examinaremos em seguida, tornam-se gigantescos, e fazem com que na confissão do argüido se receie um suicídio legal.

A esta consideração probatória, veem juntar-se, também em relação ao testemunho do argüido, considerações jurídicas, que se opõem ao reconhecimento afirmativo da sua criminalidade, sob a sua simples palavra.

O fim e a legitimação da pena consistem no restabelecimento da tranquilidade social que foi perturbada pelo crime. Ora, quando o crime não deixa vestígios na sociedade, quando o crime, tanto no seu elemento subjectivo, como no objectivo, é afirmado unicamente pelo seu pretendido autor, então não há perturbação social a reparar, e o direito de punir deve sustar-se.

Quando mesmo, portanto, o crime objectivamente se deduzisse por outras vias, mas subjectivamente, isto é, emquanto à determinação da pessoa do delinqüente, não tivésse sido afirmado senão pela simples e única palavra do próprio pretendido delinqüente, então a sociedade, acreditando embora nessa sua palavra, achando-se em face, sempre do mesmo modo, de um indivíduo que espontaneamente, sem ser acusado por outrem, vem acusar-se pessoalmente, e dobrar a cabeça perante a magestade da justiça, a sociedade, digo, em face de semelhante espectáculo, sente que a reparação teve já lugar na consciência do delin-

qüente  
, sem necessidade da pena reparadora; ou sente, mais geralmente, que a pena, era tal caso, é *inútil*.

A palavra, portanto, do argüido, como prova única da sua criminalidade, não só não é fonte suficiente de certeza, mas também, a ser julgada suficiente, deixa de ser base legítima de condenação porquanto sempre que a pena se inflige sem uma necessidade social preponderante, inflige-se injustamente.

Eis o primeiro limite probatório, o limite da singularidade em relação ao testemunho do argüido <sup>1</sup>.

2.º Dissemos que quando um crime é de natureza a deixar atrás de si *um facto material*, permanente, que se denomina corpo de delito, se este corpo de delito não se encontra, a sua ausência inexplicada faz duvidar da existência do próprio crime. Não basta que mais de uma testemunha venha afirmar ter tido a percepção em um dado momento do corpo de delito, para se dizer legitimamente verificado. Para esta verificação não é suficiente o testemunho ordinário, senão quando, juntamente com a existência precedente do corpo de delito, se prove também a sucessiva ocultação ou a sua sucessiva destruição, explicando assim o seu desaparecimento. Suponhamos, agora, que aos testemunhos ordinários de terceiros, se vem juntar também o testemunho, também ele a realidade de quele facto material, que constitui o corpo de delito, etc.

<sup>1</sup> Veja-se, nesta mesma Secção da Parta v, o cap. vii: *Limite probatório derivado da singularidade*.

sem o qual não se entende o delito ou uma determinação essencial dêle: deverá dizer-se, neste caso, suficientemente provado o *corpo de delito*?

Sou de opinião, que não. Desde que na prova dêste corpo de delito, se não obteve a prova da sua destruição ou da sua ocultação para explicar o seu sucessivo desaparecimento, não pode dizer-se suficiente a sua verificação. Mas a prova da destruição do corpo de delito, será naturalmente também válida, quando consista nas conseqüências tiradas da própria natureza do corpo de delito em relação ao tempo e ao modo do delito, porquanto o tempo e o modo do delito podem, por ai mesmos, explicar o sucessivo desaparecimento do corpo de delito, sem necessidade de prova especial.

À ausência de corpo de delito, que pela sua natureza deveria ainda subsistir, quando não é justificada, faz logicamente duvidar não só da exactidão da percepção de terceiros, mas também da exactidão da percepção do próprio argüido. À dúvida de um erro de percepção, veem reunir-se também depois relativamente ao argüido, todos os motivos infirmativos do testemunho contra si mesmo, motivos que mencionaremos em seguida, falando da confissão.

Não seria o primeiro o caso em que o argüido afirmasse um facto material que nunca existiu.

António Pin acusou-se de ter assassinado José Sevos, cujo cadáver não pôde ser verificado pela justiça; sob a fé da sua própria palavra, foi condenado à morte, e sofreu a condenação. Pouco tempo depois reaparece vivo e são aquele que se julgava morto, e de que nunca mais houvera notícias. Pin, tendo realmente agredido e ferido Sevos, julgara, de boa fé, tê-lo morto, enquanto que ao contrário Sevos, em seguida a ter sofrido a agressão, fugira sem mais dar notícia de si <sup>1</sup>.

Outro exemplo: em maio de 1844, Zoé Mabilie, rapariga de dezanove anos, entrou como criada em casa de Nicola Dela-

<sup>1</sup> PITAVALL— *Cause celebri*.

lande, na comuna de Moon, distrito de Saint-Lo. O patrão enamorou-se dela, e esta resistiu-lhe. Um dia, a rapariga desapareceu. Foram suspeitos da sua morte o patrão e um seu tio, um certo Grilles; e foram capturados. Gilles enlouqueceu; Delalande, também êle talvez enfraquecido da mente, confessou tê-la morto, porque, dizia, a amava e ela queria ir-se embora. Eraquanto esta confissão, não obstante não se haver verificado a existência do cadáver, arrastava ao patíbulo o pobre Delalande, eis que aparece a notícia de que a rapariga se achava, sã e alegre, em casa de sua ama, para onde se havia refugiado, saindo da casa do seu patrão <sup>1</sup>.

Poder-se-iam recordar mil outros exemplos; mas será fácil ao leitor encontrá-los por si, percorrendo a história dos crimes.

Concluindo, nem mesmo a força probatória do testemunho do argüido, afirmando o corpo êssencial de delito, basta para o atestar, quando não se explique o seu desaparecimento necessário : é o segundo limite probatório, derivado do corpo de delito <sup>2</sup>.

3.º Enquanto ao limite derivado das regras civis de prova, é necessário não esquecer que êle baseia-se mais em considerações da natureza genética do direito de provar, que em considerações probatórias. Só pode dizer-se violado um direito civil, quando se admite a sua existência. Ora qualquer que seja o direito civil, êle só existe enquanto pode ser provado civilmente. E por isso, quando em um juízo penal se discute sôbre a violação de um pretendido direito civil, êle, se se não pode provar com as regras civis, não existe; e não há testemunho algum que sirva para fazer passar como existente o que na realidade não existe. Ainda mesmo que o próprio argüido venha afirmar que aquele direito civil, que se diz por êle violado, existia; se a lei civil prescreve formalidades probatórias especiais para a verificação da existência daquele direito, e essas formalidades faltam, a própria palavra do argüido não terá valor para fazer admitir como direito civil o que as leis civis não reconhecem como tal; a asserção do

<sup>1</sup> BRUGNOLI — *Certeza e prova criminale*, § 143. <sup>2</sup> Veja-se, nesta mesma Secção da Parte v, o cap. viii: *Limite probatório derivado do corpo de delito*.

argüido será, nêsse caso, uma afirmação errônea, e o seu erro não pode ser origem de direitos, nem de deveres jurídicos. Repito, um direito civil, isto é, um daqueles direitos cuja verificação e cuja protecção se confiam à lei civil, só existe quando possa ser provado segundo as regras das leis civis; e por isso não pode em juízo criminal imputar-se a sua violação, senão quando êle possa provar-se civilmente, condição *sine qua non* da sua existência reconhecida pelas leis. Contrariamente, poder-se há falar de violação de um direito natural, mas nunca de um direito civil.

Concluamos: tendo as leis civis limitado a eficácia da prova testemunhal a uma certa esfera de direitos, esta limitação, emquanto à prova de direitos civis, que se dizem violados pelo delito, deve valer também em matéria penal relativamente a todo o testemunho, compreendendo o do argüido: é o terceiro limite probatório, derivado das regras civis de prova <sup>1</sup>.

E com isto temos completado o exame do valor concreto do testemunho do argüido. Se fôsse necessária uma prova para demonstrar que êle não é mais do que uma espécie do testemunho em geral, como a confissão é uma subespécie sua, a prova luminosa estaria nêste capítulo, em que vimos como são os mesmos princípios reguladores do testemunho em geral, os que teem fôrça também para o testemunho do argüido, e para a sua confissão em particular.

## TÍTULO II DO CAPÍTULO VI

### **Testemunho do argüido sôbre facto próprio**

Falando do testemunho do agüido em geral, distinguimo-lo em testemunho sôbre facto próprio, e testemunho sôbre facto alheio. Ora é conveniente considerar particularmente cada uma destas espécies, com maior ou menor largueza, segundo a sua

<sup>1</sup> Veja-se, nesta Secção da Parte v, o cap. ix: *Limite probatório derivado das regras civis de prova*.

maior ou menor importância. A nossa tarefa tornou-se mais fácil pelo desenvolvimento anteriormente dado ao testemunho do argüido em geral: nêsse desenvolvimento indicamos todos os princípios que regulam a matéria; e por isso passando ao exame das espécies particulares, e das subespécies, em que se concretiza o testemunho do argüido, basta-nos simplesmente lembrar aquêles princípios já expostos, considerando a sua particular aplicação.

Das duas espécies em que se distingue o testemunho do argüido, a *sobre facto própria*, que tomamos aqui para examinar, é a mais importante. O argüido está melhor, que qualquer outro, em condições de conhecer o facto próprio, pelo qual é submetido a juízo. Se tôdas as outras têtemunhas só podem conhecer o facto por o terem visto, o argüido conhece-o, não só por o ter visto como facto exterior, mas também por o ter pensado e querido no íntimo da sua consciência, e por o ter em seguida produzido exteriormente. E isto emquanto ao delito considerado no seu elemento material externo.

Mas todo o delito se compõe de facto externo e de facto interno: o facto externo da acção material violadora do direito, e o facto interno da intenção. Ora, emquanto a êste segundo elemento de direito, só o argüido o pode conhecer por visão imediata. Só êle conhece directamente o que se desenvolveu no íntimo da sua consciência, e só dêle se pode por isso esperar uma *prova directa* da intenção.

B isto na hipótese de criminalidade do argüido.

O mesmo sucede na hipótese da sua inocência: ninguém melhor que êle está em condições de a conhecer e de a tornar conhecida, revelando factos e coisas que sirvam para a provar.

O argüido, por isso, querendo, está sempre, melhor que qualquer outro, no caso de ilucidar a justiça sôbre o facto a julgar: é sob êste ponto de vista que aparece legítima a grande importância probatória atribuída ao têtemuho do argüido, em frente do de qualquer outra têtemunha.

O testemunho que o argüido presta sôbre facto próprio pode ter diverso teor: pode ser em própria desvantagem; pode ser em



vantagem própria; e pode, finalmente, ser parte em própria vantagem e parte em desvantagem, considerando as várias partes em si mesmas, separadamente, abstraindo uma da outra. O testemunho em vantagem própria, como uma palavra, chama-se *desculpa*; o testemunho em desvantagem própria chama-se *confissão*; o testemunho, parte em vantagem e parte em desvantagem própria, chama-se *confissão qualificada*. Falemos delas em parágrafos separados.

**Parágrafo 1.º de Título 2.º —DESCULPA**

O testemunho apresentado pelo argüido em sua desculpa tem contra si uma suspeita de mentira, que o desacredita: presume-se que em vantagem própria seja fácil mentir-se. Esta presunção de mentira não é destituída de fundamento.

O homem por uma necessidade ingênita aspira, não só a não piorar a sua condição, mas a melhorá-la; aspira a afastar os males e a atrair os bens; e por isso, quando do diverso teor das suas palavras pode derivar um mal ou um bem para êle, compreende-se facilmente que êle, mesmo a despeito da verdade, será facilmente induzido a dizer o que lhe convém, de preferência ao que lhe é nocivo. Admitindo por isso mesmo como verdadeira a criminalidade do argüido, êste, para fugir ao mal da pena, será arrastado, no seu testemunho, à desculpa, de preferência à confissão. Mas não pode concluir-se disto a negação de todo o valor probatório no testemunho em desculpa própria. Não tem havido acaso inocentes que por suspeitas enganadoras foram arrastados ao banco dos réus, a responder por crimes que não cometeram? Para êstes inocentes, submetidos a juízo, a vantagem própria coincide com o respeito da verdade: deverá acaso pela vantagem, que lhes provém da sua desculpa, desprezar-se a verdade dela? É necessário não esquecer que o argüido nem sempre é um delinqüente, e que é um gravíssimo êrro lógico na avaliação das provas pressupôr como provado o que se quer provar: a delinqüência é a coisa que se procura provar no julgamento penal, e não pode ela admitir-se antes que as provas

tenham autorizado a sua admissão. Para que a presunção de mentira, sempre nos limites relativos de simples *suspeitas*, possa opôr-se à *desculpa do argüido*, é necessário que ele tenha sido indiciado como provávelmente réu por meio de provas capazes de destruir aquela sólida presunção, que é a presunção da inocência, que coincide com a desculpa do argüido. A presunção de inocência, como vimos em outro lugar, assiste a todo o cidadão cuja criminalidade ainda não se verificou, realçando, assim, a fé nas palavras do argüido; aquela fé que a presunção de falsidade, deduzida do interesse na causa, tenta rebaixar.

E não basta dizer que, para opôr legitimamente ao argüido a suspeita de mentira, é necessário que ele esteja já suficientemente indiciado como réu pelas provas; é necessário acrescentar também que esta suspeita de mentira não pode fazer-se valer *relativamente àquela prova que seja a única a indicar a delinquência*, para realçar o seu valor probatório em face do testemunho do argüido que o desculpa.

Suponhamos que se apresenta um único testemunho contra o argüido, único *como prova que o designa como réu*; pois bem, não se pode, para julgar o valor *relativo* que tem o teste-

munh

o do argüido em sua desculpa perante o único testemunho acusatório, não pode, dizia, opôr-se à desculpa do argüido a suspeita de falsidade, desprezando-o, por isso, e dando mais valor probatório ao testemunho contrário. Neste caso, a suspeita que se quer opôr ao argüido para desacreditar a sua credibilidade, não há direito de lha opôr, derivando ela *daquele mesmo teste-*

munh

*o único*, cujo valor em face da afirmação contrária do argüido se procura verificar. Quando o testemunho é o único a designar a criminalidade, é ele próprio que determina sobre o réu a acusação, de que se quer extrair a suspeita de mentira •contra ele. Um único testemunho indicativo do delinquente, e da acusação, são uma e a mesma coisa, e por isso, para provar a superioridade, e consequentemente a *verdade* da acusação, ou do testemunho único, se assim se quer dizer, não se pode alegar o *facto* da própria imputação, ou do próprio testemunho único, sem uma vergonhosa petição de princípio.

E isto, considerando a legitimidade de opôr a suspeita de mentira, como razão de inferioridade probatória, ao testemunho do argüido, em face de outra *prova pessoal*. Que se diria, se o único indício, da criminalidade do argüido fôsse *uma prova real*?

Sabemos que a prova real, por sua natureza, é superior à pessoal, e por isso parece que a desculpa do argüido deveria em geral, sucumbir na contradição com uma prova real que o acuse como réu. Mas não é assim; e é clara a razão, quando se considere a espécie de que pode ser a prova real que indica o argüido como réu. A acção criminosa constitutiva da criminalidade, se pode ter alguma coisa de permanente no facto que a produz, é sempre, ao contrário, fugaz em si mesma, como exteriorização da actividade pessoal. Ora, a verificação da acção criminosa nesta sua natureza passageira, é o que determina precisamente a criminalidade tanto de Ticio como de Caio, pois que essa acção se refere, como ao agente de que deriva, tanto a Ticio como a Caio. É a ligação da acção com o agente que determina a responsabilidade d'êle, e esta ligação é de sua natureza fugaz. Segue-se daqui que para indicar Ticio como delinqüente, nunca pode haver uma *prova real directa*, porquanto a realidade do seu facto, que o torna imputável, sempre passageira, já não subsiste em si mesma, na sua materialidade extrínseca; pode unicamente subsistir *como recordação* nas pessoas que a perceberam enquanto se exteriorizava; e tem-se assim uma prova directa, mas *pessoal*. Uma *prova real directa* da criminalidade de Ticio, é, portanto, claro que se não pode obter: não pode obter-se uma prova real indicativa da pessoa do delinqüente, que não seja indirecta. O casaco e a faca ensanguentadas, encontradas em casa de Ticio, em seguida ao homicídio de Caio; a fuga de Ticio em seguida à verificação do crime: eis as únicas espécies de provas *reais* que podem indicar a criminalidade de Ticio: provas indirectas, e mais nada. A desculpa do argüido, ao contrário, resolve-se em uma prova directa da própria inocência: êle desculpa-se como têtemunha que teve a directa percepção do seu facto. Ora, se a *prova directa real* é inferior à prova

*directa pessoal*, por outro lado a prova *indirecta*, conquanto *real*, é sempre inferior à prova *directa*, conquanto *pessoal*. Portanto, considerando a desculpa do argüido mesmo perante uma *única prova real* que o indique como réu, não poderá considerar-se inferior a esta, porquanto a primeira é prova *directa*, e a segunda *indirecta*.

Êste problema do valor do testemunho do argüido, em contradição com um único testemunho que o designa como delin-

qüent e; êste problema que aqui desenvolvemos, considerando o testemunho do argüido mesmo em contradição com uma prova real, é um problema que foi anteriormente referido, e que será largamente desenvolvido a propósito do testemunho único. Aqui era necessário mencioná-lo de novo, para determinar em particular os limites daquela suspeita de mentira que se opõe ao valor probatório da desculpa do argüido, e para determinar, em geral, o valor probatório da desculpa.

Passemos agora a mencionar os modos por que a desculpa pode ter lugar.

Não há delito sem a acumulação de dois elementos: elemento material e elemento moral. O argüido pode conseguintemente desculpar-se, quer negando um, quer outro destes elementos. Começemos pela *negação do elemento material*.

O elemento material concretiza-se na *acção material* praticada, condição imprescindível em todo o delito, e *no Jacto-material* produzido, condição nem sempre imprescindível à figura completa do argüido.

O argüido negando a *acção material* que lhe é imputada, nega não só o facto como consequência dela, mas também a intenção que se lhe imputa, porquanto a intenção não é imputável como criminosa senão quando se exterioriza na *acção material*. O argüido, portanto, que nega a *acção criminosa* que lhe é imputada, nega todo o crime. Esta negação da *acção criminosa* pode determinar-se de diversos modos.

Em primeiro lugar, pode o argüido opôr, à afirmação da sua *acção criminosa*, uma negação *substancial*, isto é, uma negação que não se resolve na afirmação de facto algum positivo :

pode, em desculpa própria, dizer simplesmente: não pratiquei o que me imputam. É a espécie mais fraca da desculpa, que assenta apenas na pura e simples autoridade têtemunhal do argüido, autoridade têtemunhal já desacreditada por aquele interêsse na causa que pode qnâsi sempre opôr-se-lhe legitimamente, por isso que êle se encontra quâsi sempre indicado como réu *por mais provas*.

A acção material criminosa pode também ser negada pelo argüido por meio de uma negação simplesmente *formal*, isto é, com uma negação que inclui a afirmação de um facto positivo; como quando o argüido apresenta antes de tudo, em sua desculpa, a impossibilidade material, quer subjectiva quer objectiva, da acção.

E aqui um parentesis: chamo impossibilidade subjectiva, a - que deriva da sua condição pessoal de argüido; como chamo impossibilidade objectiva, a que deriva de uma condição comum a todos os homens ou a tôdas as coisas em geral. Esclarecido, assim, o conceito do que entendemos por impossibilidade subjectiva e objectiva, vê-se imediatamente como a negação da própria acção criminosa, colocando em frente uma ou outra, se resolve em uma afirmação de facto positivo. Com efeito, negando ter praticado a acção material criminosa, negando-a pelo *alibi*, ou pela *falta de meios*, casos de impossibilidade subjectiva, a que é que se reduz esta negação? Com o *alibi*, não se faz senão afirmar uma condição positiva: a condição de tempo e de espaço quanto ao argüido, em relação à hora e ao local do crime, condição positiva que se prova directamente, e incompatível, pelas leis do tempo e do espaço, com a criminalidade determinada. E emquanto à *falta de meios*, é o mesmo: aquele que, para excluir a possibilidade de ter assassinado com uma punhalada, alega a sua falta de braços, não faz mais do que afirmar uma sua condição positiva, que se prova directamente e é incompatível com a determinada criminalidade que se lhe imputa.

Nem de modo diverso se procede quando o argüido nega a acção material que lhe é imputada, por motivo de impossibilidade *objectiva*. Aquele que, para repelir a acusação que se lhe faz de

*ter* roubado numa casa passando através do buraco da fechadura, alega a impossibilidade objectiva dessa passagem, por motivo da constituição do seu corpo em relação com as leis do espaço; não faz senão afirmar uma condição positiva inerente ao corpo de todos os homens.

O testemunho do argüido, negando a acção criminosa, quando assenta em uma razão de impossibilidade, quer subjectiva quer objectiva, adquire, sob o ponto de vista do seu conteúdo, uma força probatória invencível. Existe, somente, uma grande diferença de eficácia entre a simples asserção da impossibilidade *subjectiva* e a simples asserção da impossibilidade *objectiva*.

Quando se alega um motivo de impossibilidade *subjectiva*, consistente em uma condição particular do argüido, que podia ser ou não verdadeira, é necessário prová-la em particular, sem o que a impossibilidade *subjectiva*, não é senão uma afirmativa que oscila aos sopros da dúvida. Assim, do facto de o argüido se achar em Nápoles, ao tempo em que o furto se consumava em Londres, resulta apoditicamente que o autor material do furto não pode ter sido ele. Mas, para que esta razão de impossibilidade subjectiva tenha força decisiva, é necessário provar que na realidade ao tempo do furto em Londres o argüido se achava em Nápoles; a sua simples afirmativa não basta para produzir a certeza. É, porém, claro como a luz do sol que, tendo o argüido uma paralisia completa nos braços, não pode ter despedido um murro tal que derrubasse por terra um homem. Mas, para que esta outra razão de impossibilidade subjectiva tenha uma força decisiva, é necessário provar de um modo seguro a existência da paralisia alegada ao tempo da acção que se afirma, condição particular do argüido, que pode não ser verdadeira.

Quando, ao contrário, se nega a acção criminosa, apoiando-se em uma razão de impossibilidade *objectiva*, não é precisa prova alguma particular. Consistindo a impossibilidade objectiva em uma condição comum a todos os homens, compreende-se porque não são necessárias provas particulares para a estabelecer: todo o homem, a começar pelo juiz, tem em si a prova da existência da condição positiva asseverada; basta por isso simplesmente

enunciá-la, para que ela se admita, e para que o valor probatório do testemunho do argüido, que contém essa enunciação, se torne invencível por motivo do conteúdo. Para dar a certeza de que o acusado não tem músculos tão vigorosos que com um simples murro possa derrubar uma sólida porta de ferro para penetrar em uma casa, não são necessárias provas particulares; todos sabem que isso também lhe seria impossível. E por isso o teste-

mun  
ho do argüido negando, como coisa impossível, ter com um morro derrubado uma sólida porta de ferro, torna-se, por razão do seu conteúdo, um testemunho de um valor superior a qualquer prova em contrário.

A negação da *acção material* nos termos aqui supracitados, constitui uma *desculpa em sentido absoluto*. Mas, pela negação da acção, pode também verificar-se uma *desculpa relativa*, como no caso de se afirmarem os factos principais, negando ao mesmo tempo um facto acessório constitutivo de uma circunstância agravante. A desculpa relativa constitui propriamente o que, principalmente sob o ponto de vista da forma, se chama *confissão qualificada*, de que em seguida falaremos.

Até aqui temos considerado o testemunho do acusado em sua defesa emquanto aos modos por que se pode negar a *acção material* criminosa, condição imprescindível de todo o delito, que contudo não é muitas vezes senão uma das partes componentes do que se chama *elemento material* do delito. A outra parte componente, que nem sempre é necessária, é o *evento material* que dêle deriva. Ora, o acusado pode negar o *elemento material* do delito, não emquanto à *acção*, mas simplesmente emquanto ao *facto* que se lhe imputa.

Mesmo afirmando ter praticado a acção material imputada, pode o argüido negar que dêle se tenha seguido ura dado *evento*, quer porque se não tenha dado evento algum, quer porque se tenha dado um evento menor.

A negação de *todo o evento* pode conduzir tanto à não imputabilidade, quanto à menor imputabilidade; assim, tratando-se de uma *acção culposa* imputada, a ausência do evento anularia tôda a responsabilidade; tratando-se, ao contrário, de *acções*

*dolosas*, a falta de evento será, nos casos adequados, conciliável com a menor responsabilidade do delito tentado ou frustrado.

A afirmação de um *menor evento* não conduz senão a uma diminuição da responsabilidade.

Segue-se daqui que, nos crimes para cuja medida não é indiferente verificar-se o facto, o testemunho do argüido afirmando a própria acção e negando, *de qualquer forma*, o facto, pode ser desculpa em sentido absoluto ou em sentido relativo. Emquanto à desculpa relativa, *por negação ou redução* do facto, ela, como toda a desculpa relativa, constitui propriamente algum dos casos da *confissão qualificada*. Emquanto, pois, à desculpa absoluta *por negação* do facto juntamente com a afirmação da acção, comquanto essa desculpa substancialmente não seja desculpa senão em sentido absoluto, coratudo sob o ponto de vista da forma, consistindo na afirmação de alguns elementos e na negação de outros da acusação, considera-se também como caso de *confissão qualificada*.

Passemos agora ao testemunho em desculpa do acusado, que tenha por conteúdo a *negação do elemento moral* do delito.

A negação do elemento moral, ligada à afirmação do elemento material do delito, pode conduzir tanto a uma discriminação completa, como a uma redução de imputabilidade, constituindo, portanto, uma desculpa absoluta ou relativa. Com respeito aos casos de desculpa relativa, dissemos já que eles se resolviam propriamente em casos de confissão qualificada. Quanto aos casos de desculpa absoluta, diremos também que, comquanto sob o ponto de vista da substância não sejam própria e exclusivamente uma desculpa, comtudo sob o ponto de vista da forma, achan-do-se a negação do elemento moral ligada à afirmação do elemento material, consideram-se também como casos de confissão qualificada, como veremos em particular no seu lugar próprio. Agora consideramos a negação do elemento moral enquanto substancialmente é desculpa, quer absoluta, quer relativa.

É necessário principiar por observar que. o elemento moral do delito é, ele também, o complexo de dois componentes, um subjectivo e o outro objectivo. O primeiro consiste na *intenção*



*criminosa*, isto é, na intenção de violar o direito; o segundo no *direito violado ou que se tentou violar*.

Emquanto à *intenção criminosa*, pode negar-se a sua existência, tanto *como simples facto*, como *por falta de liberdade de escolha*, ou *por falta de consciência*, no sujeito da acção. Relativamente à primeira hipótese, esta verifica-se tanto alegando a ausência de toda a intenção criminosa, como por exemplo afirmando que a arma se disparou involuntariamente, quanto alegando uma intenção menos criminosa, como, por exemplo, afirmando ter querido ferir, e não matar. Tanto em um como noutro caso, nesta primeira hipótese nega-se *ter-se querido* fazer o que se fez, nega-se a existência da intenção *como facto*.

A segunda hipótese, que é a da negação da liberdade de escolha, verifica-se quando se afirma a acção potente de um *motivo* que exerceu violência sobre o espírito humano, a acção de um motivo que vinculou a liberdade, aquela liberdade de escolha sem a qual não existe intenção criminosa. Segundo a diversa força do motivo, assim pode êle excluir toda a intenção criminosa, ou reduzi-la, constituindo, assim, uma desculpa absoluta ou relativa. Êste motivo externo, que exclui ou reduz a força da intenção imputável, é um facto positivo que somente a sua enunciação por parte do arguido não basta para o tornar certo aos juizes. Bastará simplesmente a sua verosimilhança, na falta de valiosas provas em contrário, para o fazer admitir; mas, em face de provas contrárias, não basta que o arguido se limite a afirmar a existência do motivo, para que êle se admita.

Mas, quanto à intenção criminosa, além de se poder negar a sua existência de facto, além de se poder negar a sua natureza criminosa por falta de liberdade de escolha, defeito da vontade, pode negar-se também a sua natureza criminosa por falta de consciência, defeito da inteligência: e eis aqui a terceira hipótese da negação da intenção criminosa.

O defeito da inteligência, resolvendo-se em falta de consciência, pode ter lugar devido a uma causa fisiológica, isto é, por defeito ou alteração do organismo físico, como pelo sonambulismo ou pela loucura; e pode ter lugar por uma causa ideo-

lógica, isto é, por uma *falsa noção* do espírito, por um erro de percepção, noutros termos, sobre a natureza do facto a respeito do qual se foi chamado a responder.

O acusado pode dizer: não tive consciência do facto que me' imputara, como tendo sido cometido por mim naquela dada noite, visto ter bebido demasiadamente. E afirma, assim, uma causa fisiológica que exclui a intenção. O acusado pode também dizer: não nego o facto que me imputam, mas não tive consciência da sua criminalidade, porque me achava em erro *essencial*, isto é, possuía uma falsa noção do facto, de natureza tal que se fôsse verdadeira, desapareceria a sua criminalidade. E afirma, assim, uma causa ideológica, exclusiva da criminalidade da intenção.

O defeito de inteligência, assim afirmado, pode resolver-se não na falta, mas no *enfraquecimento* da consciência, constituindo assim, não uma desculpa absoluta, mas uma desculpa relativa, como quando se tratasse, não de verdadeira embriaguez, mas de sobreexcitação produzida pelo vinho, ou se tratasse de um erro de facto *essencial* sim, mas *vencível*, pelo qual não é destruída toda a imputação, mas em que à imputação de dolo se substitui a desculpa<sup>1</sup>.

Mas a intenção de negar a existência de que temos falado até aqui, não é, como dissemos, senão um dos dois componentes do que constitui o *elemento moral* do crime; o outro componente consiste no *direito violado ou ameaçado*. Ora, o acusado pode negar o elemento moral criminoso tanto neste segundo componente, como no primeiro.

Sem um direito violável pela acção, não pode haver delito. Uma acção só é imputável, quando viola ou ameaça violar um direito que deve respeitar-se. Abstrai da contradição com um direito a respeitar, e a acção humana, seja qual fôr, é sempre juridicamente lícita, por isso que é apoiada pelo próprio direito de obrar pela forma por que se obrou. O testemunho do argüido

<sup>1</sup> A respeito da teoria do erro em relação à imputação, veja-se § 260, *Programa*, Carrara.

desculpando-se pode também, conseguintemente, consistir na afirmação do próprio direito a praticar aquela acção que se imputa como criminosa; pode o acusado, comquanto afirmando a própria acção, afirmar ao mesmo tempo o próprio direito; pode declarar: *feci, sed jure feci*.

Ticio é acusado de homicídio. Não nega ter morto, mas diz ter morto porque fôra agredido e em legítima defesa da sua vida: afirma a prevalência do seu direito sobre o direito que se diz violado; e isto, por motivo de um facto positivo externo que torna legítima a sua reacção. Caio é acusado de furto. Não nega o facto de se ter apoderado da coisa, mas afirma faltar a condição de a *coisa ser alheia*: afirma, por outros termos, a ausência de direito violável pela sua acção, e conseguintemente o direito próprio de fazer o que se fez. Semprônio é acusado de bigamia. Não nega o matrimónio, que é matéria da acusação, mas afirma a nulidade do primeiro casamento, e conseguintemente afirma a ausência de direito violável, e o seu consequente direito em fazer o que fez. Em todos estes casos o arguido, embora admita a acção material que lhe é imputada, desculpa-se afirmando ao mesmo tempo o seu direito a obrar, pela inexistência ou pela subordinação do direito violável; diz: *feci, sed jure feci*. E a existência de um direito, violável pela acção material, é tão essencial à sua imputação, que mesmo quando, obrando, existisse toda a intenção de violar um direito, que se julgava existente; nem por isso, se o direito realmente não existia, a acção fica sempre sem imputação. Pode, conseguintemente o acusado desculpar-se, negando a existência real desse direito, que ele próprio julgava existente no momento da sua acção; pode, admitindo mesmo a própria acção material, admitindo até mesmo a própria intenção, conservar-se sem imputação pela ausência real de direito violável. Ticio, passeando, encontra estendido, sobre uma rocha a pique sobre o mar, Caio, seu inimigo figadal; julga-o dormindo, e com intenção homicida, aproxima-se d'ele sorratamente, e, atirando-lhe um violento e súbito empurrão, precipita-o ao mar. Caio, ao contrário, não estava dormindo; estava morto; admitamos também, porque já havia sido morto por

outros, quando foi lançado ao mar. Tício deu por isso, ou soube-o depois, e afirma-o no seu testemunho, afirmando, contudo, a sua acção homicida. Pois bem, êste testemunho é uma desculpa *para a substância*, se bem que, contudo, *quanto à forma*, entre na noção de *confissão qualificada*.

Até aqui temos considerado o testemunho do argüido como desculpa destinada, como a um *fim imediato*, a negar o delito no seu elemento material ou moral: por outros termos, consideramos o testemunho desculpante do acusado enquanto é descri-minante<sup>1</sup>; isto é, enquanto é uma desculpa directa.

Mas o testemunho do argüido pode ser desculpante também indirectamente, não se dirigindo, como a um fim imediato, a negar o delito, mas dirigindo-se *mediatamente* a desacreditar as provas da acusação. O testemunho do argüido não é, neste caso, uma prova *discriminatória*, mas sim uma prova *infirmativa da acusação*: é uma desculpa *indirecta*. Para os fins da defesa, basta, para vencer, a deficiência de provas de acusação, não podendo condenar-se senão quando exista a certeza plena da criminalidade; e por isso a desculpa, conquanto *indirecta*, tem tôda a sua eficácia jurídica.

É inútil entrar em maiores detalhes. Depois de considerada a natureza específica do testemunho em desculpa do acusado, e de mencionados os seus vários conteúdos possíveis, concluiremos fazendo uma observação de índole geral.

O testemunho do acusado, conquanto seja uma desculpa directa ou indirecta, tem sempre direito à máxima atenção e ao respeito do magistrado. É necessário não esquecer que na pessoa do acusado que fala, além de uma têtemunha, encontra-se nêle um cidadão cuja liberdade é sagrada, um acusado cuja inocência se deve presumir, enquanto as provas o não demonstrem com certeza réu. É necessário não esquecer que, em juízo penal, o interêsse da sociedade não é o de fazer com que a pena do crime sucedido recaia sôbre uma cabeça qualquer, o

<sup>1</sup> Veja-se o eap. iii da Parte ii: *Classificação daí provas derivada dos seus fins especiais*. 31

interêsse da sociedade é que se puna o verdadeiro delinqüente. E necessário não esquecer que é mil vezes preferível a absolvição do réu, à condenação de um inocente. Seria bastante uma só condenação de um inocente para perturbar a tranquilidade social: só pela condenação de um inocente, todo o cidadão honesto se sentiria ameaçado, em vez de protegido, pelas leis sociais. O magistrado deverá portanto ouvir as desculpas do acusado com o espírito livre de qualquer preocupação, e de qualquer juízo antecipado: deverá ouvi-las com a mais escrupulosa atenção, sem se deixar arrastar a intêrrogações precipitadas, ligeiras, ou hostis, que revelem nêle uma convicção preestabelecida contra o acusado. O magistrado não deve deixar transparecer imprudentemente o seu juízo, por meio de sorrisos desdenhosos e irônicos, com movimentos de cabeça, com atitudes da sua pessoa; coisas tôdas elas que perturbam o espírito do acusado que se desculpa, fazendo-lhe ver na pessoa de quem intêrroga, não um juiz imparcial, mas um inimigo que *o* quer perder. O juiz deve conservar-se calmo e sereno, como a própria justiça; o seu primeiro dever é a paciência, porque como dizia Plínio, *para magna justitiae est*. Quando, com calma e atenção, o magistrado tenha ouvido as desculpas do argüido; quando, com serenidade e sem perturbação lhe tenham sido dirigidas tôdas as intêrrogações aconselhadas em interêsse da verdade; então, passará a avaliar ponderadamente a sua palavra têtemunhal, recorrendo a todos os critérios de avaliação aplicáveis à espécie; critérios subjectivos, critérios formais e critérios objectivos, por nós já anteriormente desenvolvidos, e que servem para apreciar com rectidão qualquer testemunho.

**Parágrafo 2.º do Título 3.º — CONFISSÃO**

O facto de têmos falado anteriormente com uma certa largueza a respeito do testemunho do argüido em geral, torna-nos agora mais fácil o estudo daquele testemunho particular do argüido, que se denomina confissão: bastar-nos há a êste respeito» um rápido esbôço, sob a luz das teorias já expostas.

Não se haver considerado a confissão sob o seu verdadeiro ponto de vista, isto é, como uma subespécie do testemunho do acusado, levou, já o dissemos, a fazer com que ela fôsse considerada como uma prova *sui generis* e privilegiada. Considerada, pois, como uma prova *sui generis* e privilegiada, segue-se naturalmente também, que enquanto alguns teem exagerado o valor probatório da confissão, outros, ao contrário, teem-lhe negado todo o valor de prova. Isto demonstra como as questões de método científico não são questões académicas, não são superfluidades de tratados e insignificâncias desprezíveis. A ordem das ideias, reflectida no método do estudo, é o que coloca os problemas científicos sob a sua verdadeira luz, guiando à sua resolução por uma forma exacta e perspicaz.

Aquêles que, por considerarem a confissão como prova privilegiada, foram arrastados a exagerar o seu valor, chegando mesmo a declará-la necessariamente decisiva em juízo penal, apoiaram-se em critérios de provas civis, sem pensarem em que a matéria do juízo é substancialmente diversa no cível e no crime. Que em juízo civil o que é confessado se tenha por julgado, é lógico e natural, não tanto por razões probatórias, quanto por razões jurídicas, inerentes à matéria das controvérsias. Trata-se de direitos privados e alienáveis, de que o cidadão pode sempre dispor; e uma sua confissão judicial, mesmo que não tenha o valor de testemunho conducente à certeza, tem sempre valor como declaração de vontade, capaz de atribuir direitos à parte contrária, ou de a eximir de obrigações; e portanto tem sempre valor para terminar a controvérsia, e o juízo relativo. O cidadão é senhor dos seus interesses pecuniários, e pode por isso, mesmo com uma confissão não verdadeira, reconhecer as pretensões da parte contrária, renunciando a direitos próprios, ainda que sejam evidentes. Compreende-se portanto claramente porque é que em matéria civil seja verdadeira a máxima de que o confessado deve ser tido como julgado.

Mas já assim não é no juízo criminal, onde entram em jogo direitos sagrados também na pessoa daquele que, despresando-os, quisêsse deitá-los fora com uma falsa confissão. A justiça penal

não atinge o seu fim, ferindo um bode expiatório qualquer; é-lhe necessário o verdadeiro delinqüente, para que a sua acção seja legítima. Sem a certeza da criminalidade, ainda que haja o acôrdo do acusado, a condenação seria sempre monstruosa, e perturbaria a consciência social mais que qualquer delito. Ora, não inspirando tôda a confissão a certeza da criminalidade, segue-se que a máxima *confessus pro judicato hatetur*, sempre boa em matéria civil, é rejeitada em matéria criminal.

Mas se não teem razão os que quiseram atribuir em matéria penal um valor infalivelmente decisivo à confissão, também a não teem os que lhe quiseram negar todo o valor de prova em juízo penal. O argumento apresentado por êstes últimos é a falta de naturalidade da confissão; argumento cuja inanidade já vimos. É verdade que, geralmente falando, à consciência humana repugna acusar-se; mas para que esta repugnância possa levar a concluir pela negação de todo o valor probatório da confissão, é necessário que seja absoluta e invencível. Só então, dada uma confissão, poderá ela atribuir-se logicamente à demência, e conseguinte-mente julgar-se falsa; só então haverá razão para rejeitar a confissão do campo das provas; só então poderá passar por argumento lógico a tirada oratória de Quintiliano: *ea natura est omnis confessionis, ut possit videri demens qui de se confitetur*. Mas isto não é assim. Ao mesmo tempo que admitimos que em geral repugna acusar-se a si próprio, negamos que repugna *absoluta e invencivelmente*, de forma a autorizar que se julgue falsa tôda a confissão. Negamo-lo em primeiro lugar por considerações psicológicas; porquanto se na consciência humana existe um motivo genérico que se opõe à confissão, motivos há também específicos contrários, que, em casos particulares, impelem a confessar, vencendo aquele motivo genérico que se lhe opõe, como melhor veremos em seguida. E estas considerações psicológicas são além disso larga e brilhantemente confirmadas pelos factos: em face da afirmação de que tôda a confissão se deve considerar falsa, existe o facto contrário de mil confissões, em que a verdade do seu conteúdo tem sido verificada em mil julgamentos. O argumento, portanto extraído da repugnância do espírito humano a

acusar-se, não tem valor para repelir a confissão do campo das provas.

Muito menor valor tem, pois, os outros argumentos que com o mesmo fim tem sido apresentados, derivando-os de uma filantrópica retórica e de um cavalheirismo mal entendido, que não tem direito a tomar lugar entre as questões científicas. Se me não engano, o suco de tôdas as dissertações retóricas em favor da tese por nós combatida, reduz-se, mais ou menos, a isto: o juízo penal é um duelo judiciário entre acusador e acusado; ora, o acusado que confessa, é um combatente desarmado, contra que não é permitido investir, abusando da sua fraqueza; a palavra do acusado é destinada a aparar os golpes da acusação, e não pode, sem que se cometa uma barbaridade, voltar-se contra o seu peito a sua própria arma: êle acba-se em juízo para se defender, e não para se acusar, e por isso a sua confissão, quando tem lugar, não deve pesar sobre êle.

Como se vê, tudo isto é uma retórica armada no ar. Considere-se embora o juízo penal como um duelo entre acusador e acusado; mas não se esqueça que êles não estão aí a bater-se por uma sua questão particular, para que seja conveniente e belo, não só não aproveitar a fraqueza do adversário, mas até o perdão sem o temor da ofensa recebida. O caso é bem diferente. Aqui encontram-se em jôgo interêsses públicos superiores às pessoas dos combatentes, e que se lhes impõem. Se o acusado está inocente, o interêsse supremo da sociedade é que êle seja absolvido; e êste interêsse social da absolvição do inocente não só se não subordina à vontade do acusador, como também não à, que, suponhamos, é contrária, do próprio acusado. Se o acusado é culpado, é interêsse supremo da sociedade que êle seja condenado, e êste interêsse social da condenação do réu não só se não pode subordinar à vontade do acusado, como também não à, que, suponhamos, é contrária, do próprio acusador. O juízo penal é, conseguintemente, dominado e legitimado por um interêsse social supremo, e insubordinável a qualquer outro; interêsse supremo que se concretiza na absolvição do inocente e na condenação do culpado. Conseguintemente, o fim supremo e não derogável de



todo o juízo penal é a descoberta e a verificação da verdade emquanto à acusação. E por isso esta verdade, venha de onde vier, venha mesmo de provas reais, ou da voz de terceiro, do ofendido, ou do próprio acusado, deve sempre impôr-se ao espírito dos julgadores, por um interesse público supremo, a que eles se não podem escusar, sem ofender a justiça, de que são representantes.

Do momento em que se reconhece ser fim supremo do juízo penal a descoberta da verdade no interesse da sociedade, não pode negar-se já o valor de prova à confissão. E isto explica como é que as diferenças do sistema processual, conforme se dirige mais ou menos ao fim da descoberta da verdade no inte-

ress e social, tenham o seu influxo na diversa resolução do problema que examinamos. No sistema acusatório puro tem-se sido mais facilmente conduzido a negar o valor de prova à confissão, por isso que, neste sistema, acusador e acusado se acham em face um do outro, cada um para apresentar provas contrárias à afirmação do adversário: tomando o debate o aspecto de uma luta entre os dois indivíduos, de um duelo judiciário entre acusador e acusado, repugna tirar argumento de condenação das próprias palavras do acusado. Já assim não é no sistema inquisitório, que é baseado não já na ideia de um duelo entre acusador e acusado, mas, por um modo mais determinado, na ideia superior da investigação da verdade, seja qual fôr o interesse da sociedade. De resto, a diferença de sistema processual explica, como um facto, a diferença de valor dado à confissão, mas não a justifica; porque em qualquer sistema, por um princípio superior a todo o processo positivo, o fim supremo de todo o juízo penal deve ser sempre a verificação da verdade objectiva.

Concluindo, se não há razão para se exagerar o valor da confissão com a máxima *confessus pro judicato habetur*, também não há para não querer reconhecer-lhe valor algum de prova.

A confissão, como qualquer outro testemunho, presume-se verídica *em abstracto*; e avalia-se *em concreto*, segundo as condições particulares subjectivas, formais e objectivas, em que se realiza.

Julgo conveniente principiar por demonstrar o fundamento

lógico da presunção de veracidade, presunção que dissemos respeitar à confissão em geral, para passar em seguida a mencionar os critérios da sua avaliação concreta.

Para ver se a confissão respeita logicamente à presunção de veracidade, como afirmamos, ou à presunção de falsidade, como afirmaram aqueles que pretendem rejeitá-la do campo das provas, é necessário verificar quais são e de que natureza são os impulsos que impelem à falsa confissão, e quais são e de que natureza são os impulsos que impelem à confissão verdadeira.. Procedamos a este exame.

O que é que decide um acusado a mentir contra si próprio? a prestar uma confissão falsa, sabendo mesmo que esta sua confissão o levará a sofrer uma pena não merecida? Examinai as hipóteses, e vereis que nunca vos encontráis perante uma razão *ordinária*, que leve a confessar-se culpado de um crime não cometido. À falsa confissão só poderá explicar-se por motivos particulares *extraordinários*, que actuam sobre o espírito do acusado com maior força do que a sua repugnância pela pena.

Deixemos de parte os casos de falsa confissão, referentes à hipótese da própria pessoa que confessa *se enganar*, como seria o caso de um monomaniaco que se acuse de um crime, que nas alucinações do seu espírito crê ter cometido; como seria também o caso de uma mãe que, tendo julgado vivo o seu filho, e tendo-o lançado ao mar, vem depois acusar-se de ter morto o seu filho, e isto erroneamente, porquanto a criança, na realidade, já estava morta, e a mãe nos espasmos e na perturbação do parto se enganara julgando-a viva. Deixemos de parte estes erros subjectivos, extraordinários, da pessoa que faz a confissão, que podem verificar-se da parte de qualquer outra testemunha: não é sob este ponto de vista que pode sustentar-se dever presumir-se falsa a confissão. Consideremos, antes, os possíveis casos de vontade de enganar da parte do acusado, procedendo com exemplos.

Tício é traído e desonrado por sua mulher. Exposto ao escárnio de todos, sente profundamente o seu aviltamento, e arde em vingar-se; mas não se acha com coragem nem com forças para isso. O acaso quis que o adúltero fôsse encontrado morto. Tício

recolhe no seu bôlso a bala, e, no desejo de se reabilitar na estima dos seus escarnecedores, acusa-se falsamente como autor do homicídio; julga melhor sofrer uma pena judicial, que ser o ludíbrio da sociedade. Como se vê, o motivo que impelia a esta falsa confissão, é um motivo que não é ordinário.

Outro exemplo: Ticio, um grande senhor, odeia Caio; e uma noite fere-o pelas costa e foge sem ser reconhecido. Temendo ser descoberto pela sua conhecida inimizade com o ferido, chama Semprônio, que é um pobre diabo, e promete-lhe uma importante quantia, suficiente para viver descansado o resto de seus dias, caso êle se acuse daquele ferimento. Semprônio aceita, e apresenta-se em juízo, com uma falsa confissão. Esta confissão também é devida a um motivo extraordinário.

Outro exemplo ainda: Ticio, tendo cometido em tal dia, a tal hora, em tal sítio, um grave crime, apresenta-se em juízo acusando-se de um pequeno delito, cometido àquela hora e naquele dia em um local diverso, afim de procurar com a condenação um documento justificativo do seu *alibi*, que o salve da possível acusação do crime grave. Esta falsa confissão, como qualquer outra, é determinada por um motivo extraordinário.

Um último exemplo: O inverno é áspero, e Ticio é tão miserável que não tem um telhado em que se abrigar, fato para se cobrir, nem pão para matar a fome. Que fazer? Apresenta-se perante os juízes e acusa-se de um leve crime, que não cometeu, pensando que a condenação, a alguns meses de cárcere, lhe dará abrigo, fato e pão. Confissão falsa, determinada por um motivo extraordinário, como sempre.

E poderíamos continuar; mas julgamos que os exemplos precedentes bastam para demonstrar qual a natureza dos motivos que podem levar a uma confissão falsa: são motivos que se concretizam sempre em condições particulares e anormais de quem confessa. Ainda que se multipliquem tanto quanto se queira as hipóteses das falsas confissões; encontrar-se hão sempre, como causa e razão delas, motivos *extraordinários*.

Vejamos agora qual a natureza dos impulsos que levam à confissão verídica.

Em primeiro lugar, do mesmo modo que para o testemunho falso, assim também, conquanto em maior proporção, existem impulsos *extraordinários* que podem arrastar ao testemunho verídico. Para se reabilitar perante os escarnecedores, o marido atraído não só poderá ser levado a fingir-se autor do assassinato do adúltero, mas, no caso de ter sido realmente o homicida, será também impellido a confessar a verdade do seu crime. Por isso, em todos os casos em que o crime se apresenta à consciência do acusado como uma acção mais para louvar, do que criminosa, êle poderá ser arrastado a fazer a verdadeira confissão do crime, na convicção de que, a despeito da pena legal em que incorre, ganhará a aprovação da sociedade. Pode dar-se também o caso de que um espírito nobre seja levado a confessar o próprio crime, para salvar um inocente que corre o risco de ser condenado. Pode suceder mesmo que um espírito profundamente perverso seja levado a confessar o próprio crime por vaidade, direi assim, de ofício, para ganhar a estima dos seus bons companheiros no crime. E assim por diante.

Mas examinar os impulsos *extraordinários* que podem conduzir à confissão verdadeira, é um trabalho vão, que não traz consequência alguma em favor da presunção de veracidade da confissão: a existência de motivos *extraordinários* tanto para a confissão falsa como para a verdadeira, não faz mais do que estabelecer a igual credibilidade de uma e de outra hipótese.

O que resolve a questão em favor da presunção de veracidade, é a existência de motivos *ordinários*, que impilam à confissão verídica. E na realidade, o maior número de confissões verídicas é devido precisamente aos motivos *ordinários*, que actuam sobre o espírito humano, impelindo-o a não ocultar o próprio crime. Mencionemos dentre êstes motivos os que nos parecem ser mais importantes:

1.º No espírito humano existe sempre um instinto de veracidade que se opõe à mentira; e muitas vezes êste instinto, coadjuvado pelo remorso do delito cometido, torna-se irresistível, vencendo a fôrça do interesse contrário que arrastaria à mentira; e teem-se então confissões verdadeiras.

2.º No espírito do delinqüente tem lugar quási sempre uma espécie de perturbação psicológica, ao recordar o próprio crime; e esta perturbação aumentada com a perseguição de um inter-

ro  
gatório bem encaminhado, tira muitíssimas vezes ao acusado a calma necessária para atender ao próprio interesse, mentindo. E necessário não esquecer que a mentira é filha da reflexão, e que ela só funciona bem no estado de calma: o acusado começa muita vez por se trair, e termina por confessar o seu crime.

3.º No espírito de todo o acusado existe sempre o receio de, com o desesenvolver-se do julgamento, ser atingido por provas *aliunde*, e conseqüentemente a esperança de melhorar a sua condição principiando por confessar êle próprio.

4.º E êste impulso para a verdadeira confissão do próprio delito, ó por isso maior, quando o acusado não teme somente as provas futuras, mas se sente já perseguido por provas presentes tais, que tornem inútil tôda a mentira. Êle sente então que lhe não resta outro caminho a seguir senão o de dispor bem o espírito dos julgadores, que é o da confissão verdadeira; e confessa. Eis aqui, se me não engano, os principais impulsos *ordinários*, que impelam à confissão verídica do crime próprio.

Concluamos: dêste rápido exame dos impulsos que podem conduzir a uma confissão falsa, e dos impulsos que podem conduzir a uma confissão verídica, resulta que para determinar a primeira não entram em acção senão os impulsos *extraordinários*, e para determinar a segunda, além dos impulsos extraordinários, existem impulsos *ordinários*, que actuam sobre o espírito do acusado. Ora como, entre uma hipótese *extraordinária* e uma hipótese *ordinária*, é sempre esta que se presume, torna-se por isso claro porque é que em geral se atribui a presunção de veracidade à confissão.

Esta nossa afirmação, de que *ordinariamente* os impulsos do espírito não levam senão à verdadeira confissão, é, por isso, luminosa e incontestavelmente provada também pelos factos: perante as mil confissões cuja veracidade foi judicialmente comprovada, só se encontrarão pouquíssimas confissões, cuja falsidade, ao contrário, se verifica.

Isto emquanto à presunção de veracidade, presunção que serve apenas para dar o baptismo de prova à confissão, fazendo-a aceitar, como fonte ordinária de verdade e de certeza, no juízo penal. Mas esta presunção já não serve para determinar a fé devida em concreto a uma confissão particular. Para a determinar é necessário avaliá-la em concreto, com todos os critérios subjectivos, formais e objectivos, que desenvolvemos a propósito de testemunho em geral, e que resumimos a propósito, do teste

munh  
o do acusado em especial. Quanto a êstes critérios de avaliação, relativamente em particular à confissão, que é simplesmente uma subespécie do testemunho do acusado, basta agora fazer-lhes uma rápida referência, podendo para o seu desenvolvimento recorrer-se ao que escrevemos anteriormente.

Emquanto aos critérios *subjectivos* de avaliação da confissão, compreende-se facilmente que toda a vez que na pessoa que confessa se encontra uma condição que faça pensar que ela se engana, ou que queira enganar, a sua confissão perde o valor, mais ou menos segundo os casos.

Poder-se bá acaso depositar alguma fé no mentecapto, que confessa um delito? Poder-se bá acaso dar alguma fé à confissão de um cego ou de um surdo, que refiram coisas vistas e ouvidas? E como a privação da inteligência e dos sentidos destrói toda a fé na confissão, assim a sua fraqueza diminui-lhe também a fé. Isto emquanto à hipótese do erro da parte de quem confessa.

Emquanto, pois, à hipótese de possível vontade de enganar, sempre que se verifique a concretização de uma daquelas circunstâncias particulares que revelam na pessoa quê confessa uma possível razão de prestar uma confissão falsa, compreende-se que fique infirmada a fé nessa confissão. Assim, se, no exemplo já apresentado, um marido traído pela mulher, alvo do escárneo de todos, e incapaz de se vingar por fraqueza física, achando-se um dia assassinado o adúltero, se apresenta espontaneamente em juízo confessando-se autor do homicídio, nascerá naturalmente a suspeita de que êle possa mentir por vaidade; suspeita que deve ser avaliada, atendendo á índole de quem confessa e às

suas particulares condições de espírito. Assim também, se, achando-se um rico senhor envolvido em um processo por um leve delito, se apresenta de súbito em juízo acusando-se espontaneamente autor único daquele delito um pobre diabo, nascerá naturalmente a suspeita de que essa confissão tenha sido motivada por promessas pecuniárias, e que por isso seja falsa. E assim por diante. Mas é necessário observar que as circunstâncias anteriormente expostas e as análogas, que tornam suspeita a confissão revelando na pessoa que confessa a possível vontade de ser tomado como culpado ainda que inocente, assume uma grande eficácia infirmativa devido à espontaneidade de quem confessa; a simples espontaneidade, faz pensar, só por si, em um interesse particular qualquer, que levou aquele que confessa a acusar-se, não tendo sido chamado a juízo.

Os exemplos que apresentamos referem-se a uma possível razão que leva à mentira por *vantagem própria*; mas pode haver casos, em que a suspeita contra a veracidade da confissão surja também da ideia da *vantagem alheia*. Assim, se uma mãe que se encontra no banco dos réus, não pudesse, pelas circunstâncias particulares do facto, desculpar-se sem acusar seu filho, ou, vice-versa, se um filho não pudesse desculpar-se sem acusar sua mãe, a confissão da primeira, e a do segundo, perderão parte do seu valor probatório

Concluindo, sempre que na pessoa que confessa se encontra uma condição, que leve a crêr que ela se engana, ou que quer enganar, a sua confissão perde o seu valor, por razões subjectivas.

Emquanto aos critérios *formais* de avaliação, também êles se aplicam à confissão, como a qualquer outro testemunho. Tôdas as exteriorizações formais que directa ou indirectamente servem para revelar o espírito de quem confessa, servem por isso para fazer acreditar ou desacreditar a confissão. Assim a linguagem em que se faz a confissão, a linguagem como manifestação *directa* do pensamento de quem confessa, aumentará tanto mais o valor à confissão, quanto mais precisa fôr; a falta de precisão diminuir-lhe há o valor: a precisão de linguagem resolve-se em uma univocidade do conteúdo da confissão, dando à confissão uma

eficácia probatória. Assim, pois, o mesmo discurso da confissão, quando reflecte, ao contrário, as secretas disposições do espírito de quem confessa, esclarecerá *indirectamente* sobre a sua veracidade, fazendo crescer ou diminuir a fé nêle. Assim, finalmente, a atitude pessoal de quem confessa, será outra exterioridade formal, que *indirectamente* acreditará ou desacreditará a sua confissão. Veem em seguida as formalidades a que se atende para a avaliação da confissão, visto serem consideradas como protectoras da verdade. E relativamente a estas formalidades, compreende-se como se deva ser mais escrupuloso em exigí-las e avaliá-las em matéria de confissão, pela sua particular importância probatória.

Assim, comquanto possa atribuir-se uma grande importância probatória à confissão judicial, isto é, feita em debate público, e à quasi-judicial, isto é, à feita perante o juiz instrutor competente, não poderá contudo atribuir-se senão um valor mínimo à confissão propriamente extrajudicial. Expuzemos em outro lugar as razões disto: não é necessário repeti-las aqui. Será, por isso, importante atender à natureza do interrogatório, para a própria avaliação da confissão. Uma confissão que parece derivar de uma sugestão ilícita do inquirente perderia todo o seu valor: a confissão deve ser espontânea, e não extorquida insidiosamente ou por meio de violência.

Em geral, a fé na confissão será aumentada pela observância de tôdas aquelas formalidades que se consideram como protectoras da verdade, e será enfraquecida pela sua inobservância.

Finalmente, os critérios *objectivos* de avaliação também são os mesmos que, como em qualquer outro testemunho, se aplicam em particular à *confissão*. Basta recordá-los, visto já terem sido expostos e aconselhados em outro lugar:

1.º A *incredibilidade* das coisas narradas tira tôda a fé à confissão, e a sua *inverosimilhança* diminui-lhe grandemente a fé. Para que a confissão tenha eficácia probatória, além de ser crível em sentido genérico, é necessário também que seja verosímil.

2.º A natureza normalmente enganadora, ou não engana-



dora, dos factos afirmados na confissão, é outro critério objectivo que realça ou abaixa a sua fé.

3.º A confissão só pode ter eficácia de prova quando tenha conteúdo *afirmativo*. Quanto mais *dubitativo* se apresenta o conteúdo da confissão, tanto menos valor probatório terá.

4.º A confissão não deve ser *contraditória em si mesma*; tendo um conteúdo contraditório, perde mais ou menos fé, segundo a natureza dos factos sobre que recai a contradição, e em relação a êsses mesmos critérios que expuzemos a propósito da avaliação objectiva do testemunho em geral.

5.º A confissão terá tanto mais valor, quanto maior fôr a sua precisão na afirmação dos factos; e tanto menor, quanto menos determinada fôr. A confissão, por outros termos, é tanto mais eficaz, quanto mais *detalhada* fôr.

6.º A confissão não tem eficácia probatória, senão quanto aos factos relativamente aos quais o que confessa dá, como se diz, a *causa da própria sciência*.

7.º A confissão tem maior eficácia probatória relativamente aos factos afirmados *por sciência própria*, que relativamente aos afirmados *por ouvir dizer*.

8.º Os critérios precedentes referem-se à confissão considerada em si mesma; mas a confissão pode adquirir ou perder valor mesmo pela consideração do seu conteúdo em relação ao conteúdo de outro testemunho, quer do próprio acusado quer de outro testemunho.

Emquanto à consideração da confissão em relação a outras declarações da própria pessoa que confessa, compreende-se que a contradição entre as várias afirmações do acusado, diminua grandemente o valor da confissão. A confissão tem tanto mais eficácia probatória, quanto mais *constante* se apresenta. Quando é precedida ou seguida de uma declaração total ou parcialmente contraditória, a sua fé é grandemente diminuída; e a medida desta diminuição é determinada pela maior ou menor seriedade de razões que alega o próprio acusado, para explicar a alteração posteriormente introduzida nas suas afirmações.

E relativamente, pois, às declarações, de outras testemunhas,



é claro portanto que a confissão terá tanto mais valor quanto mais se acordar com elas. No caso de contradição com outras testemunhas, a confissão perde parte do seu valor proporcionalmente à natureza dos factos sobre que recai a contradição e na medida do valor probatório concedido aos testemunhos contrários, conforme esclarecemos ao falar da avaliação do testemunho em geral.

Concluindo, repitamos que para a avaliação concreta da confissão, devem aplicar-se os mesmos critérios, subjectivos, formais e objectivos, que expozemos a propósito de testemunho em geral, e resumimos a propósito de testemunho do acusado em especial.

Resulta de tudo isto que a medida da fé merecida pela confissão, como em qualquer outra prova, é determinada pela consideração dela própria *em concreto*. A confissão só pode ter legitimamente eficácia probatória no juízo penal, quando se tenha acordado em que ela seja avaliada assim nas suas condições particulares, reais, e positivas, em que, concretamente, nasceu e se desenvolveu. E por isso, sempre que se fala de confissão, como prova de culpa, não pode tratar-se senão de uma confissão *real*, explícita.

Querer considerar como confissões reais, confissões *presumidas*, é desprezar todo o critério da lógica criminal. Não pode falar-se de uma prova determinada sem a *certeza* da sua subjectividade probatória; e por subjectividade probatória entendemos a pessoa ou a coisa que atesta e a relativa afirmação; a prova pode não ser certa emquanto ao seu sujeito, isto é, emquanto à realidade da coisa provada, mas deve ser sempre inelutavelmente certa emquanto à realidade do sujeito e da sua afirmação; sem o que é absurdo falar de prova. Ora, quando se fala de provas *presumidas* em geral, e de confissão *presumida* em especial, fala-se precisamente de um sujeito probatório não existente na realidade, e que se pretende fazer actuar como prova, como se existisse; isto é, fala-se de uma prova que não é prova.

À natureza de confissão presumida pertence aquela a que a prática chamou confissão *tácita*. Tício transige com o ofendido :

a sua transacção é uma confissão *tácita*, dirão os tratadistas. Oh, meu Deus! que tem a confissão com isto ? Que se queira, da transacção com o ofendido a que o acusado desce, deduzir um indício de criminalidade, mais ou menos válido segundo os casos, contra êle, compreende-se facilmente; e nós falamos a respeito dêste indício entre os indícios de efeito dos vestígios morais do delito. Mas falar de confissão, onde ela não existe, é um absurdo. Vimos que o indício deduzido da transacção com o ofendido, é um indício derivado de um-facto do acusado, e concluiu-se, com uma forma retórica inexacta, que a transacção é uma *confissão tácita*: mas a ciência tem obrigação de rejeitar desdenhosamente tôdas as inexactidões que a retórica palavrosa procura introduzir na sua linguagem. A confissão *tácita* é uma confissão que não existe: não é uma confissão.

Outra presumida confissão é aquela a que a prática chama *fictícia*. Tem-se querido ver uma confissão fictícia na contumácia e no silêncio do acusado; e chamando fictícia uma tal pretendida confissão, mostrou-se que se tratava de uma confissão que não é uma confissão, de uma confissão inexistente, que se considerava como existente; e isto sempre em consequência de figuras retóricas, tomadas a sério, e transportadas despropositadamente para a linguagem científica. Que o silêncio do acusado, em geral, e a sua contumácia em especial, podem constituir indícios de criminalidade contra êle, já o admitimos, e falamos dêle a propósito dos indícios de efeito dos vestígios morais do delito. Mas que êstes indícios, só porque derivam de facto do próprio acusado, devam haver-se por confissão, é uma inexactidão retórica, que se não desculpa na ciência. A confissão fictícia é uma confissão que realmente não existe; e portanto não é confissão.

Repitamo-lo, para que a confissão seja reconhecida legitimamente como tal, deve ser *verdadeira* e não suposta, e esta verdade da confissão concretiza-se na sua *existência real e explícita*: e portanto a que se chama confissão *fictícia* e a que se denomina confissão *tácita* não são de modo algum confissões.

Concluindo, a confissão que genêricamente considerada estabeleceu a presunção de veracidade, presunção que é o seu título

de admissão entre as provas; considerada individualmente, em concreto, não pode ter valor senão quando se apresente por uma forma real e explícita, e só pode ser exactamente avaliada levando em conta as suas condições subjectivas, formais e objectivas.

Qualquer que seja o defeito de credibilidade da confissão, ela só pode derivar de uma destas fontes: do sujeito, da forma, ou do seu conteúdo. A confissão que apresenta um defeito de credibilidade, seja qual fôr a sua natureza, é uma prova *defectiva*; como a confissão que não apresenta defeito algum, é uma prova *clássica* na sua espécie.

Ora, supondo que se apresenta em concreto uma confissão clássica, isto é, uma confissão sem defeito algum de credibilidade, terá ela um valor probatório ilimitado? Não; tanto para a confissão, como para qualquer outro testemunho, devem valer os três limites probatórios, da singularidade, do corpo de delito, e das regras civis da prova.

Falando do testemunho do argüido em geral, consideramos já a racionalidade destes três limites, em relação à confissão em particular, e não é por isso necessário voltar novamente sobre esta matéria. Basta, agora, uma simples observação.

Emquanto ao limite da singularidade relativamente à confissão, julgamos útil observar que este limite probatório, conquanto nenhum tratadista se tenha referido a êle em especial, tem contudo, sido expressamente admitido por todos, e até por uma forma mais largamente compreensiva que a que nos parece exacta. Com o limite da singularidade, relativamente à confissão, não afirmamos senão isto: afirmamos que a confissão do acusado, como *única prova* indicadora dêle como réu, não deve ser julgada como suficiente para produzir a legítima certeza. Ora, falando de confissão, todos os tratadistas teem afirmado como imprescindível, para poder gerar a certeza, a condição de que ela se apresente *revestida*, e não *nua*.

Por confissão *revestida*, não pode entender-se senão que uma confissão deve encontrar a sua contraprova na circunstância de facto, e ser confirmada por esta. No entanto, as circunstâncias

de facto que veem confirmar a confissão não são mais do que provas que veem juntar-se à confissão para aumentar o seu valor. Dizendo, portanto, que a confissão, para produzir legítima certeza, deve ser *revestida*, quer dizer-se, por outros termos, que a confissão carece do auxílio de outras provas. Dizer que a confissão, *simples*, faz fé plena quando tem os requisitos da legitimidade, e colocar ao mesmo tempo, entre as condições da sua legitimidade, a condição de que a confissão seja *revestida*, é, nem mais nem menos, do que jogar com palavras, confundindo as ideias. Afirmar, genericamente, para a credibilidade da confissão, que ela deve ser *revestida*, é afirmar mais do que o que nós afirmamos.

Achamos excessivo exigir-se que toda a confissão seja confirmada, em todo o seu conteúdo, pelas circunstâncias de facto: julgamos ser necessário somente que, na falta de outras provas, ao menos as circunstâncias de facto venham confirmar a confissão do acusado, *emquanto ela se apresenta como única prova indicativa dêle como culpado*, de preferência a qualquer outro; para tudo o mais basta-nos, para a credibilidade da confissão, "que esta não seja contraditada pelas circunstâncias de facto. Do momento que se admite que o acusado confesso é culpado, não é necessário que a confissão em todo o seu ulterior conteúdo, seja também confirmada pelas circunstâncias de facto; basta que estas a não contradigam, para que a sua credibilidade fique legitimada.

Portanto, quando se afirma, para a credibilidade da confissão, a condição de que esta se apresente *revestida*, afirma-se implicitamente o nosso limite da singularidade, com uma fórmula mais lata que a verdade.

As circunstâncias de facto, consideradas em si mesmas, quando veem confirmar aquela confissão do acusado, que se considera como a única prova da sua criminalidade, são provas reais indirectas dessa própria criminalidade; provas reais indirectas, que, juntando-se à confissão, fazem com que esta deixe de ser uma prova única. E estas provas indirectas podem por vezes, consideradas em si mesmas, atingir maior força probató-

ria, como quando derivam do conhecimento de circunstâncias, confirmadas por factos, que o acusado só podia conhecer sendo culpado.

Por exemplo: suponhamos que o acusado descreve exactamente as feridas produzidas sobre a vítima; e que elas são comprovadas pelo exame do cadáver; o acusado descreve o fêrrão homicida, e isso é confirmado exactamente pelo exame das dimensões e da forma das feridas. Estas circunstâncias de facto, confirmadas pelas palavras do acusado, são uma prova real que vem juntar-se à sua afirmação pessoal, realçando grandemente a sua fé.

Assim, suponhamos também que Tício tenha morrido, e que foi sepultado. Bem suspeita alguma de envenenamento, e que Caio, que não era suspeito de coisa alguma e por ninguém, se apresenta em juízo, acusando-se de ter envenenado Tício com arsénico; e suponhamos que em seguida a tal confissão, procedendo-se a verificações, se descobre precisamente que Tício morrera envenenado com arsénico. Esta circunstância de facto, que vem confirmar a confissão, esta circunstância de facto, que só podia ser conhecida pelo verdadeiro delinquente, será uma prova indirecta fortíssima da sua culpabilidade, prova indirecta que, juntando-se à sua confissão, produzirá no espírito do juiz uma legítima certeza da criminalidade de Caio.

Nestes casos, não é simplesmente a confissão que produz a certeza da criminalidade do acusado; é a confissão reunida a outras provas indirectas, derivadas das circunstâncias de facto, quando sejam conhecidas do acusado.

Em relação ao limite do corpo de delito, recordaremos que quando o corpo de delito é de tal natureza que sem ele o delito não se compreende, e devendo sempre por sua própria natureza subsistir, este ao contrário não se encontra, a afirmação de terceiro, ou do próprio acusado, que dizem tê-lo percebido, não basta para dar a certeza da sua realidade; por quanto o seu desaparecimento não justificado faz duvidar de que seja exacta a percepção de quem o afirma: no desaparecimento não justificado do corpo de delito existe uma prova real, que o nega, que paralisa a prova pessoal afirmativa, consistente na palavra do próprio

acusado. Segue-se daqui que a palavra do acusado seria, ao contrário, suficiente para provar o corpo de delito quando juntamente com a sua afirmação, se iucluisse a explicação do seu desaparecimento; ou então quando esta explicação do desaparecimento, mesmo quando não provenha da palavra do acusado, derive de qualquer outra origem, como da simples consideração da natureza do corpo de delito, em relação ao modo e ao tempo do crime: neste caso, justificado o seu sucessivo desaparecimento, não há mais prova alguma real em contradição com a prova pessoal afirmativa do corpo de delito, e por isso a prova pessoal, ainda mesmo que consista na palavra de terceiro ou do acusado, conserva tôda a sua eficácia probatória: já não há razão alguma para opôr o limite que nós denominamos do corpo de delito.

Emquanto, finalmente, ao limite derivado das regras civis da prova, basta recordar que, apesar de já têmos falado a seu respeito, voltaremos em seguida a considerá-lo em particular, como objecto principal: o que deve observar-se também em relação aos outros dois limites precedentemente mencionados. Remetemos, por isso, o leitor, não só para o que dissemos, como também para o que diremos.

Parágrafo 3.º do Título 2.º — CONFISSÃO QUALIFICADA  
E DIVISÃO DA CONFISSÃO

Confissão em sentido próprio não existe, senão quando existe a afirmação da própria responsabilidade penal, ainda que seja por um modo parcial e limitado. Ora, posto isto, para haver um conceito exacto do que se chama *confissão qualificada*, é necessário observar que esta não se limita aos casos em que no próprio testemunho do acusado se encontra uma confissão em sentido próprio, juntamente com uma desculpa; isto é, não se limita aos casos em que, ao mesmo tempo que se afirma a própria responsabilidade penal com uma confissão, ela se limita, em seguida, com uma desculpa. O conceito da confissão qualificada é mais lata. Estende-se também a casos, em que não há absolutamente nada de confissão em sentido próprio no testemunho do

argüido; aos casos em que, depois de se terem afirmado os elementos do delito imputado, o acusado, negando outros elementos essenciais à imputação, tira toda a imputabilidade aos primeiros elementos afirmados, excluindo, assim, de um modo absoluto toda a responsabilidade penal. Em tais casos, compreende-se que, sob o ponto de vista da *substância*, não há senão desculpa pura e simples, no testemunho do acusado. O mesmo se dá, sob o ponto de vista da *forma*, considerando separadamente as partes deste testemunho, e verificando que nêle, ao mesmo tempo, se afirmam alguns elementos da imputação, e se negam outros, aquêles elementos afirmados se consideram, em si mesmos, como uma confissão, e o todo do testemunho caracteriza-se como confissão qualificada. Assim, aquele que, afirmando embora a materialidade da sua acção homicida, nega a criminalidade da sua acção alegando a legítima defesa, não faz senão desculpar-se de um modo absoluto, sob o ponto de vista da *substância*; mas é costume considerar separadamente as duas partes deste testemunho, isto é, materialidade de acção, e legítima defesa, e, com um critério *formal* prevalente, é ela considerada como *confissão qualificada*.

Há, conseqüentemente, uma confissão qualificada que consiste na confissão em sentido próprio, janta com a desculpa: e esta espécie poderia distinguir-se com o nome de confissão qualificada *em sentido próprio*, e corresponde àquela categoria de desculpas que denominamos *relativas*. Há ainda uma confissão qualificada, em que, além da desculpa, não há senão uma confissão em sentido impróprio; consistente na afirmação de factos não imputáveis enquanto se consideram no conjunto do depoimento, mas que considerados em si mesmos representam um elemento de imputação; e esta outra espécie poderá distinguir-se com a designação de confissão qualificada *em sentido próprio*, subordinando-se àquela outra categoria de desculpas que denominamos *absolutas*.

Emquanto a esta última espécie, isto é, à confissão qualificada, imprópriamente dita, a prevalência do critério formal, que a faz considerar também como uma confissão qualificada, ao passo que em substância não há senão desculpa completa; esta preva-



lência do critério formal, não é arbitrária. Existe conformidade formal entre a confissão qualificada em sentido próprio e em sentido impróprio; conformidade pela qual uma e outra se apresentam em parte como negação e em parte como afirmação dos factos imputados. Ora, esta conformidade formal fá-las considerar lógi-

cam  
ente como uma só coisa em face da grave questão da *divisão*, de que falaremos dentro em pouco, e que consiste em verificar se, e quando, havendo partes diversas no testemunho do acusado, se pode aceitar uma parte e rejeitar outra. Esta questão importante, e que dá importância ao estado da confissão qualificada, derivando, principalmente, da consideração formal do testemunho nas diversas partes em que se desenvolve, respeita ao mesmo tempo, e por um critério comum, tanto à confissão qualificada em sentido próprio, como à em sentido impróprio. Eis pois o motivo porque, ao determinar o que é confissão qualificada, se achou mais oportuno fazer prevalecer o critério formal, fazendo incluir nas confissões qualificadas também as impróprias. Por outros termos, a confissão qualificada não tendo, principalmente, importância em crítica criminal senão relativamente à grave questão da divisão; e a questão da divisão derivando de se considerar a afirmação sob o seu aspecto formal intrínseco (porquanto se compõe de partes que, individualmente, se apresentam uma como afirmativa, e a outra como negativa de elementos da imputação), é este critério formal que deve prevalecer para determinar ultimamente a noção do que é confissão qualificada, pois que assim se reúnem ao mesmo tempo todos os testemunhos do acusado, para o que é importante o problema da divisão.

Agora que fixamos a noção da confissão qualificada, parece-nos conveniente lançar em seguida uma vista de olhos analítica sobre os casos concretos, em que ela pode verificar-se.

Por isso que em toda a confissão qualificada se encontra *uma desculpa*, ligada à afirmação de qualquer elemento da imputação; para prosseguir com ordem na nossa análise, bastar-nos há examinar as várias formas por que se pode verificar a desculpa em uma tal conjunção.

Sabemos que todo o delito consta do concurso de dois ele-

mentos, elemento material e elemento moral: o acusado pode, conseqüentemente, desculpar-se, quer negando um, quer outro destes elementos.

Emquanto ao elemento material, dissemos já que êle se concretiza, por sua vez, na *acção* material, condição imprescindível de todo o delito, e no *facto* material, condição nem sempre imprescindível para a figura completa do delito.

Relativamente à negação da *acção* material, a desculpa pode encontrar-se ligada à confissão, afirmando os factos principais do delito, e negando um facto acessório constitutivo de uma circunstância agravante. Assim, ao mesmo tempo que se afirma o furto, pode negar-se ter empregado violência sobre a pessoa roubada. E esta uma primeira categoria das confissões qualificadas, *por negação de uma parte da acção material* criminosa.

Relativamente à negação do *facto material*, nos delitos para cuja existência ou para cuja medida o facto não é indiferente, a desculpa pode ter lugar mesmo afirmando-se a *acção* material. E a desculpa por negação do facto, pode verificar-se tanto porque se sustenta não ter havido facto algum, e nesta hipótese a desculpa, conforme os casos, pode ser absoluta ou relativa; como porque se sustenta ter-se verificado um facto menor, e a desculpa nesta hipótese é sempre relativa. Mas entre estas duas hipóteses, verificando-se a negação do facto, ligada à afirmação da *acção*, tem-se sempre uma confissão qualificada. Assim, em relação à negação de todo o facto, aquele que é acusado de ter feito explodir involuntariamente uma arma, ferindo alguém, pode, admitindo mesmo o facto da explosão, negar qualquer facto, incluindo o do ferimento; e neste caso, pela natureza dos factos culposos, êle nega toda a responsabilidade: a sua confissão é uma daquelas confissões qualificadas *em sentido próprio*. Aquele que, ao contrário, sempre em relação à negação de todo o evento, é acusado de factos dolosos, afirmando a sua *acção* e negando o evento que se lhe segue, não faz senão tomar de frente a menor responsabilidade do delito não consumado: é uma confissão qualificada *em sentido próprio*. Enquanto à outra espécie de confissão qualificada por negação do facto, isto é, àquela que consiste não ua

negação de todo o evento criminoso, mas na afirmação de um facto menor que o imputado, entende-se facilmente que seja sempre uma confissão qualificada em sentido próprio: juntamente com a sua desculpa, o acusado afirma a sua responsabilidade, conquanto reduzida; como quando, sendo acusado de ter assassinado, afirma ter simplesmente ferido. Eis aqui, pois, a segunda categoria de confissões qualificadas: *por negação de facto material* criminoso.

Terminamos aqui o que respeita às confissões qualificadas, coordenáveis com a desculpa por negação do *elemento material* do delito. Passemos agora às confissões qualificadas, coordenáveis com a desculpa por negação do *elemento moral* criminoso.

O elemento moral do delito, também o vimos, concretiza-se em um componente subjectivo, que é a *intenção criminosa*, e em um componente objectivo, que é o *direito violado ou que se tentou violar*.

Emquanto à desculpa por *negação da intenção* criminosa no todo ou em parte, achando-se ela reunida com a afirmação do elemento material, dá também lugar a diversos casos de confissão qualificada, ora em sentido próprio, ora em sentido impróprio. Assim, na hipótese de que Tício, sendo acusado de ter assassinado dolosamente Caio, afirmasse a materialidade do assassinato, negando ao mesmo tempo a *existência de facto* de qualquer intenção, afirmando ter-se a arma disparado involuntariamente

e ; ou então, afirmando sempre a materialidade do assassinato, negasse, ao mesmo tempo, a *existência de facto* da intenção de matar, afirmando, ao contrário, a intenção menor de ferir. Assim, pois, se, na hipótese de a acusação de um facto criminoso, Tício, embora admitindo o facto material, opõe a falta de criminalidade da intenção *por falta ou redução da liberdade da eleição*.- como se, sendo acusado de ter feito com que um naufrago se afogasse, respondesse afirmando ter-lhe arrebatado a tábua de salvação, e tê-lo deixado afogar, mas sob o motivo irresistível de querer salvar-se, também em perigo de naufrágio; ou então se, acusado de ferimentos, admitindo sempre o facto material, respondesse afirmando uma intenção menos criminosa,

declarando, suponhamos, achar-se sob o impulso de uma grave provocação. Assim, finalmente, na hipótese de que, sendo acusado de algum crime, Ticio respondesse, não negando o facto material, mas negando no todo ou em parte a criminalidade da intenção *por falta ou redução de consciência*, declarando-se, por exemplo, no estado de privação ou de defeito mental, ao tempo da acção. Eis aqui outras tantas confissões que se agrupam em uma terceira categoria, que é caracterizada pela *negação da intenção* criminosa, quer *por falta ou redução de liberdade*, quer *por falta ou redução de consciência*.

Mas dissemos que a intenção não é senão uma das duas componentes do que constitui o elemento moral do delito; a outra componente consiste na *violação*, ou na *ameaça de violação, de um direito* que devia respeitar-se. Se não houver a contradição da acção humana com um direito que deve respeitar-se, não há delito por deficiência do elemento moral. A desculpa por inocuidade intrínseca da própria acção, ou por negação do direito a respeitar, reunida à afirmação do elemento material imputado, dá também lugar a outros casos de confissão qualificada, todos em sentido impróprio, por isso que tais desculpas são sempre substancialmente exclusivas de toda a responsabilidade. Assim, no caso da pessoa que, afirmando a própria acção, a declare em si própria inócua, e incapaz de ameaçar um direito. Assim, no caso em que aquele que, afirmando embora ter morto Ticio, negue ter violado um direito que devia respeitar, afirmando ter morto em legítima defesa; ou, igualmente, no caso de que quem, admitindo sempre a apropriação material da coisa, negue o direito de outrem sobre essa coisa; ou também, finalmente, e sempre do mesmo modo, no caso de que a pessoa que, admitindo, contudo, não só a acção material, mas a intenção homicida, negue o direito violado, porque, admitamos, se trata de um homem já morto que êle erradamente julgava vivo no momento da acção. É esta a quarta e última categoria de confissões qualificadas, caracterizadas pela *negação do facto moral* criminoso, quer *por inocuidade natural da própria acção*, quer *pela negação do direito a respeitar*.

E parece-nos, assim, ter mencionado as possíveis hipóteses em que pode realizar-se uma confissão qualificada. Pareceu-nos fazer esta análise para maior determinação da matéria.

Agora que falamos da natureza do testemunho qualificado, e dos casos concretos em que se pode verificar, parece-nos ser tempo de passar ao problema da divisibilidade ou indivisibilidade da confissão.

Visto que o testemunho qualificado resulta de duas partes, de uma parte em que se afirma algum elemento da imputação, e de outra em que se nega algum outro elemento da imputação, entende-se como seja a tal propósito, importante o problema da divisibilidade ou *scisão* se assim se lhe quer chamar. E da máxima importância saber se legitimamente, para completar a prova, pode utilizar-se uma parte da confissão qualificada, rejeitar a outra, e em particular se pode utilizar-se a parte que é desfavorável, desprezando a parte favorável.

A importância do problema, entende-se facilmente, deixa de existir no caso em que o delito se ache completamente verificado, subjectiva e objectivamente, por outras provas: neste caso, é uma questão académica, verificar se, a provas já de per si completas, se pode ou não juntar também o valor probatório de um fragmento da confissão. O problema só se torna vital quando, sem aquela parte da confissão que se pretende aceitar como fazendo legitimamente prova, não haveria prova suficiente da criminalidade; é então somente que importa saber se, e quando, na realidade se pode legitimamente aproveitar uma parte da confissão, e rejeitar a outra. É sob este ponto de vista que deve ser encarado o problema da divisão. Examinemo-lo.

Entre os escritores de crítica criminal, Ellero é quem melhor se aproximou da verdadeira solução do problema; mas com todo o devido respeito ao perspicaz pensador, também nos parece não ter atingido completamente a verdade. Partindo do princípio de que *as provas contraditadas se tornam ineficazes, e na realidade deixam mesmo de ser provas*, chega à conclusão de que, se uma parte da confissão é *contraditada* por outras provas, pode desprezar-se, e aceitar-se ao mesmo tempo a parte dela que

se apresenta como *não contestada*. Não nos parece isto completamente exacto. Para legitimar a devisão da confissão em duas partes, uma das quais se rejeita e outra se aceita, não nos parece suficiente que a parte rejeitada seja contestada pelas provas, e a parte aceita seja simplesmente *não contestada*. Além de ser *não contestada* a parte aceita, parece-nos ao mesmo tempo necessário que ela seja *confirmada* pelas demais provas, ainda que sejam simplesmente indirectas. Por outros termos, a fórmula de Ellero seria esta: a confissão pode legitimamente dividir-se, quando uma das suas partes é contestada pelas provas, e a outra o não é; rejeita-se, então, a parte contestada, e aceita-se a parte não contestada. A nossa fórmula, ao contrário, seria estoutra: a confissão pode legitimamente dividir-se quando uma parte é contestada pelas provas, ou, em uma palavra, *reprovada*, e outra é confirmada pelas provas, ou, em uma palavra, *comprovada*. Como se vê, há diferença; e cumpre-nos por isso apresentar as razões da nossa opinião.

Do momento em que um testemunho em geral, ou uma confissão em especial, se verifica ser falsa em uma parte, pode acaso depositar-se logicamente tanta fé na outra, a ponto de servir de base a um julgamento? Do momento que se verifica, ainda que seja parcialmente, a falsidade de uma afirmação de pessoa, tôda a razão quer que aquela afirmação deixe de ser tomada a sério, por isso que se trata do depoimento de uma pessoa que certamente se engana ou quer enganar; se no todo, se em parte, só as provas o poderão dizer. Mas a falsidade provada de uma parte não leva à verdade da outra; é antes verdadeiro o inverso; a falsidade presumida em um todo é consequên-

cia lógica da falsidade verificada na parte; *mendax in uno, mendax in toto*. A falsidade, antes de se exteriorizar na declaração, existe no espírito do que a declara, no próprio espírito de que deriva tôda a declaração que, por isso, se acha totalmente viciada. Para rejeitar como falsa uma parte da confissão, aceitando a outra parte como verdadeira, é necessário que a primeira seja *combatida* pelas provas, e a segunda seja *sustentada*; então são as provas, ainda que simplesmente indirectas, que dizem:

esta afirmação tem a primeira parte verdadeira, e a segunda falsa: a então é lógico aceitar-se a primeira, e rejeitar-se a segunda.

Mas é necessário atender a que por vezes, na scisão a que se procede, as provas que confirmam a parte da afirmação que se quer aceitar, se não apresentem como coisa distinta da própria afirmação, e parece então de aceitar aquela dada parte sob a simples li da própria afirmação; mas não é assim.

Tício morreu, supõe-se, de morte natural; é enterrado, sem mais nada. Apresenta-se Caio declarando: Tício morreu envenenado por mira com estricnina; mas casualmente. Procede-se a exumação e ao exame do cadáver, e verifica-se, na realidade, vestígios do envenenamento por estricnina. Tendo-se prosseguido cautelosamente na investigação, verifica-se ser impossível a casualidade.

Emquanto à pessoa do delincente, essa não se determina por outra forma.

Despreza-se o testemunho do acusado enquanto à casualidade, como sendo contestada por outras provas; e aceita-se a sua declaração enquanto ao facto do delito e à determinação do delincente. Eis aqui uma scisão: e ela legítima segundo os nossos critérios ?

Emquanto ao facto do envenenamento, compreende-se por que se aceite, quando se mostre claramente confirmado pelas verificações materiais. Mas enquanto à determinação do delin-

cente, parece que ela se apoia unicamente nas declarações do próprio delincente, e, pelo que sustentamos, visto que se pre-tende rejeitar uma parte da confissão, isto é a casualidade, como sendo contestada pelas provas, não se poderia aceitar legitimamente ao mesmo tempo a outra parte, sem que esta fôsse, por sua vez, confirmada por outras provas.

Ora, no exemplo supracitado, a determinação da pessoa do delincente é ou não confirmada por outras provas, além da confissão? À primeira vista, parece que a pessoa do delincente só se determina pela sua confissão, pois que sem esta, ela nunca se descobriria; mas atendendo um pouco, vê-se que da confissão

prestada se destaca, a determinar a pessoa do delinqüente, uma prova que é uma coisa completamente distinta da própria confissão : é o indício necessário, derivado do *conhecimento* do facto em geral, e da estricaina em especial. Enquanto ninguém falava de envenenamento, Caio não podia ter conhecimento do veneno propinado a Ticio, não tendo sido êle o seu envenenador. É êste um argumento probatório que nasce da confissão, mas não é a confissão. Na divisão, portanto, a determinação do delinqüente não se aceita unicamente porque é um conteúdo simplesmente não contestado pela confissão; mas por que esta parte da confissão é *comprovada* por um indício necessário: está nisto a legitimidade da divisão.

Admitamos, ao contrário, a hipótese de Ticio ter morrido, *e de ter sido verificado judicialmente o envenenamento*, sem que se tenha podido determinar o envenenador. Suponhamos que num dado momento Caio se apresenta em juízo e declara: Fui eu que envenei Ticio; mas casualmente. Suponhamos mesmo que do conjunto das provas resulta a inadmissibilidade da casualidade. Suponhamos que ao mesmo tempo se não pode obter o concurso de prova alguma indicativa do delinqüente: não houve quem visse Ticio junto de Caio ao tempo em que teve lugar o envenenamento; não é -possível investigar quais as pessoas a quem Caio diz ter comprado o veneno; não é possível, em suma, por meio algum externo à confissão determinar a pessoa do delinqüente. Será lícito, neste caso, rejeitar a confissão, emquanto à casualidade por ser contestada por outras provas <sup>1</sup>, e aceitar a determinação do delinqüente unicamente sobre a fé do acusado, por isso que esta determinação se acha em uma parte não contestada, mas nem por isso confirmada, pela confissão? Não, mil vezes não: ou rejeitai a confissão totalmente, ou aceitai-a tôda ela. Dizeis, naturalmente, não ser possível aceitá-la na sua totalidade, por isso que uma parte é contestada por outras provas:

<sup>1</sup> Suponhamos que o moribundo tinha proferido estas palavras, que a princípio não se sabia a quem atribuir: **tinha-o dito e fê-lo: envenenou-me.**



pois bem, senhores, não sendo a outra parte, vice-versa, confirmada por outras provas, ficará também viciada na sua credibilidade, e não poderá ser logicamente fonte de certeza jurídica, daquela certeza jurídica que decide da vida e da liberdade das pessoas. Do momento que rejeitais como falsa seja mesmo uma parte da confissão, por ser claramente contestada pelos factos, vós tirais a fé a toda a confissão, por isso que toda ela, pela unidade do espírito humano, tem o pecado original do falso teste-

mun

ho. Se portanto existe uma parte de verdade nela, é necessário absolutamente que se tenha provado *aliunde*: sem o que, uma condenação seria odiosa. Em juízo penal, não nos cansaremos de o repetir, estão em questão direitos naturais inalienáveis, direitos sagrados mesmo quanto àquêles que não sabem que fazer dêles; e não é lícito subvertê-los com o triste jôgo de tomar pela sua palavra um acusado.

Convém fazer aqui uma observação. Os exemplos por nós a princípio expostos referem-se à hipótese de que a parte da confissão, que se pretende aceitar, seja a única indicadora da pessoa do delinquente. Esta hipótese subordina-se à outra teoria, já por nós exposta, do limite têtemunhal da singularidade, limite que serve também para a confissão; mas aqui, apesar de ser idêntica a hipótese, ela deve ser considerada por outros critérios e sob outro ponto de vista, levando à mesma conclusão. Em vez desta hipótese, pode supôr-se até uma hipótese contrária; pode supôr-se que a parte da -confissão contraditada, que se pretende rejeitar, seja a única indicadora do delinquente, e que a parte que se pretenderia aceitar, unicamente por não ser contestada, tenha um conteúdo diverso, como, por exemplo, a descrição do delito: nesta segunda hipótese parece sempre mais natural também, que a segunda parte, que se quer aceitar, pela confissão, deve, ao contrário, rejeitar-se como não tendo valor têtemunhal, se além *de não ser contestada*, não é também *comprovada*. A descrição do delito não pode merecer crédito, desde que quem a narra apresentando-se como sendo o delinquente, se verifica que o não é. Concluindo, dada uma confissão qualificada, não é possível, segundo nos parece, legitimamente dividi-la, rejeitando uma parte

dela e aceitando outra, se a parte rejeitada não se apresenta como *reprovada*, e a parte aceita se não apresenta como *comprovada*. A simples reprovação de uma parte não autoriza a rejeitar esta, aceitando a outra, que simplesmente não é contestada. É por isso bom concluir com uma observação explicativa e complementar desta teoria.

Quando falamos da reprovação de uma parte da confissão qualificada, e dizemos que não basta para legitimar a scisão, sem a comprovação da outra parte, entendemos referir-nos à hipótese de a parte reprovada se apresentar como falsa por uma possibilidade de mentira ou de erro geral, no acnsado: coisa que se verifica ordinariamente. Nesta hipótese o único facto de ser contestada uma parte da confissão pelas provas, inferna legitimamente também as partes não contestadas.

Mas pode dar-se também o caso de a parte, que se apresenta como manifestamente falsa pelas provas contrárias, se apresentar tal não por possibilidade de mentira, ou de erro geral, mas por uma inadvertência, por ódio, ou mesmo por um erro de apreciação, *particularmente naturais ao seu conteúdo*. E o erro de apreciação sucede freqüentemente quando a desculpa consiste não tanto na afirmação de um facto, como em uma opinião de direito, como na última categoria de confissões qualificadas, em que a desculpa consiste na negação do evento moral. Ora, nêstes casos, desde que o erro de juízo, a inadvertência ou o esquecimento ocorridos, particularmente, em uma parte da declaração, não incluem o erro, a inadvertência e o esquecimento em tôda a sua parte, compreende-se facilmente que se tenha o direito de rejeitar a parte que se demonstra particularmente errônea, aceitando a outra parte, ainda que se não apresente como comprovada, e só porque se apresenta como não contestada; a não ser que esta parte que se quer aceitar seja a *única prova indicadora do delinqüente*, caso em que, por uma outra teoria, pelo limite da singularidade por nós anteriormente afirmado, ela só pode ter valor probatório, e só pode por isso ser aceita, quando se apresente, emquanto à designação do delinqüente, apoiada, segundo a regra geral, sôbre outras provas.

## TÍTULO III DO CAPÍTULO VI

**Testemunho do acusado, sobre o facto de outrem**

Além de depôr sobre o facto próprio, sempre em relação a matéria da acusação, pode o acusado depôr também sobre facto alheio. A integridade metódica dêste estado obriga consequentemente a atender também a êste conteúdo especial do testemunho do acusado.

Os escritores de crítica criminal não atenderam senão a uma espécie particular do testemunho sobre facto alheio, prestado pelo acusado; só levaram em conta aquela espécie particular, que é indicada sob o título de *testemunho do cúmplice*, e que se refere à hipótese do acusado que confessa, espontaneamente ou vencido pelas provas, e que depõe contra o seu cúmplice.

Parece-me que, considerando mesmo o seu estudo restrictamente à espécie particular supracitada, deve ter havido em geral, uma certa indeterminação na matéria tratada, e uma certa confusão nos critérios escolhidos para o seu estudo, quando não tenha até havido realmente falsidade de critérios.

Que, falado do testemunho do acusado confesso contra o cúmplice, se não determinou bem a sua natureza, deduz-se, não só de não ter êle sido designado como uma espécie do testemunho do acusado, designando-se ao mesmo tempo as suas espécies congêneres, mas também, e principalmente, do facto de, geralmente, só se ter tratado dêle entre os indícios, caindo-se na costumada confusão entre o que é *valor* e o que é *conteúdo* da prova, tendo-se julgado o testemunho do cúmplice como uma prova de valor deficiente, foi êle caracterizado como indício. Mas a distinção das provas em directas e indirectas, nunca é demais repeti-lo, é uma distinção que se refere ao conteúdo das provas; e sob êste ponto de vista, todo o testemunho, incluindo o do cúmplice, pode ter tanto um conteúdo de prova directa como de prova indirecta; assim o testemunho do cúmplice em particular não tem ordiná-

riamente senão um conteúdo de prova directa, referindo-se principalmente à percepção directa, por parte do acusado, da acção criminosa do cúmplice.

A indeterminação da matéria revela-se igualmente ao facto - de não se distinguirem nitidamente hipóteses bem diferentes entre si. Falou-se de testemunho do cúmplice, referindo-se muitas vezes, indiferentemente, tanto à hipótese de quem afirma ser um simples acusado, como à hipótese de ele já ter sido condenado; referindo-se indiferentemente tanto à hipótese de a palavra do acusador ser a primeira que indica o pretendido cúmplice, como à hipótese contrária. Isto quanto à determinação da matéria que se procurava tratar.

Que diremos, pois, dos critérios a que se recorreu para avaliar o valor probatório relativo ao testemunho que o acusado confesso presta contra o seu cúmplice?

Em primeiro lugar, houve escritores de crítica criminal que inspirando-se na jurisprudência romana, e querendo afastar completamente êste testemunho, apresentaram argumentos que eram verdadeiros sofismas; e êstes sofismas foram aceitos, apesar de tudo, e tem continuado a ser repetidos da mesma forma, pelos escritores que se lhes seguiram. Disse-se e tem-se repetido, por exemplo, que o acusado que confessou espontaneamente o próprio facto criminoso, não merece fé no seu testemunho relativamente ao facto do cúmplice, porque *deve recear-se que não acuse os outros com tanta facilidade, quanta a prontidão com que se acusou a si próprio*<sup>1</sup>. E os, que disseram isto, não reflectiram que a facilidade *em dizer a verdade* sôbre o próprio facto não pode conduzir lógicamente senão à facilidade *em dizer a verdade* sôbre o facto alheio. Se não se ocultou a verdade sôbre o facto próprio criminoso, mesmo quando houvesse interesse em ocultá-lo, é de supôr com maioria de razão que se diga a verdade sôbre o facto alheio, não havendo interesse em ocultar. Partamos, pois, da hipótese de se ter dito a verdade sôbre o facto

<sup>1</sup> MÁRIO PAGANO : *Lógica dei Probabili*. 33

próprio, pois que, se se suposêsse uma confissão que se verifica ser falsa, então o testemunho sobre o facto do cúmplice ficaria viciado, não pela espontaneidade, mas pela falsidade da confissão.

Disse-se e repete-se ainda, como motivo especial de descrédito do testemunho do acusado sobre o facto alheio, que o arguido pode falsamente acusar, como cúmplice, um indivíduo poderoso, na esperança de se salvar com ele. E quem disse isto, não reflectia que do mesmo modo é conveniente ter por companheiro, *sub judice*, uma pessoa poderosa, quando esta tenha realmente participado na acção criminosa. Neste caso, a unidade real do delito, torna um só o destino judiciário das várias pessoas que nele participam, interessando-os igualmente a negar ou a atenuar o crime; e compreende-se, por isso, como é útil ter um aliado poderoso. Mas quando o indivíduo poderoso, acusado de cumplicidade, é um inocente, então, por um lado, ele não é cointeressado no destino do acusado devido à natureza singular do crime, porque não tomou parte nele; por outro, não é cointeressado quanto à acção judiciária comum, porque esta é divisível relativamente aos indivíduos submetidos ao mesmo juízo, podendo resolver-se na condenação de um, e na absolvição do outro. Consequentemente, o indivíduo poderoso, injustamente acusado de cumplicidade pelo arguido, não se acha de modo algum ligado ao destino deste: não se acha em harmonia, mas em colisão de interesses com ele, e o seu poder resolve-se logicamente, para o acusado, não em esperança de auxílio, mas no receio de uma resistência superior aos seus meios de defesa. Caluniando como cúmplice um indivíduo poderoso, o acusado sabe que convida para o certamen judiciário, não um aliado, mas um inimigo, tanto mais terrível, quanto maior é o seu poder.

Mas pondo de parte os critérios do avaliação intrinsecamente falsos, tem-se recorrido também a critérios verdadeiros em si mesmos, falseando-se a sua natureza, pela forma por que são considerados. Tomaram-se critérios genéricos, motivos de descrédito que tem valor para qualquer testemunho, e tem sido expostos como critérios específicos, como motivos especiais

de descrédito para o testemunho do acusado contra o seu cúmplice. Que não pareça uma subtileza o que acabamos de notar. Trata-se de um erro que induz mesmo a uma falsa avaliação; e compreende-se porque. Se, quer estudar em particular o valor de uma espécie de testemunho, é necessário examinar os motivos verdadeiramente especiais de descrédito, que o acompanham: achando-se, assim, que para uma espécie de testemunho existem, em particular, motivos de descrédito não existentes para outros, pode logicamente concluir-se que ele deve inspirar menos fé que os outros, pois que contém em si uma soma maior de motivos para se não crêr; tem motivos de descrédito particulares, além dos comuns a cada testemunho. Posto isto, quando, em conse-

qüência, se apresentam como motivos específicos, motivos genéricos de descrédito válidos para todos os testemunhos, apresenta-se uma premissa falsa, que, conduzindo a erro, conduz a uma conclusão falsa. Não é consequentemente por amor de subtileza que fomos levados à nossa observação.

Os critérios genéricos de avaliação não devera ser considerados senão como tais; e nunca como critérios específicos, como se fêz na matéria que examinamos. É assim, que tem sido apresentada por muitos, como razão do pouco valor que deve ter o testemunho do acusado contra o seu cúmplice, a possibilidade de inimizade do primeiro com respeito ao segundo. Mas, meu Deus! não é esta uma possibilidade de mentira, inerente única-

mente ao testemunho do acusado; trata-se de um motivo de descrédito comum a todos e quaisquer testemunhos; e não se compreende porque deva expor-se como uma razão particular de depreciação para o. testemunho do acusado, o que pode verificar-se igualmente no que respeita ao depoimento de qualquer outra testemunha. Apresentou-se também como razão particular de descrédito, a possibilidade de que o acusado levante uma calúnia para servir interesses alheios: mas não sucede o mesmo quanto a qualquer outro testemunho?

Concluindo, ao tratar do testemunho do acusado sobre o facto alheio, é necessário *determinar* mais claramente, e de um modo mais completo a matéria que se trata, e conservar-se assim

distante dos *critérios* de avaliação intrinsecamente *falsos*, como daquêles *que são mal aplicados*.

Para maior *determinação* da matéria, o testemunho do acusado sôbre facto alheio, deve ser atendido em tôda a sua extensão, relativamente a tôdas as subespécies que nela se compreendem. O acusado que depõe sôbre o facto de outrem pode ter confessado o facto próprio, ou ter-se escusado dêle; o teste-

munho pode ser tanto contra, como a favor do cúmplice. Cada uma destas hipóteses é uma variedade que não pode ser desprezada pela espécie, e a exactidão e a integridade do seu estudo robigam a defini-las e a considerá-las a tôdas, particularmente.

Para *exactidão dos critérios* de avaliação, pois, antes de passar ao exame dos critérios especiais referentes ao testemunho do acusado sôbre o facto de outrem, convém notar que a êstes, como a todos os outros testemunhos, devem sempre, em primeiro lugar, aplicar-se os critérios genéricos. Aquêles critérios genéricos de avaliação, que chamamos subjectivos formais e objectivos, são critérios comuns que é necessário nunca esquecer para a justa avaliação de qualquer testemunho, compreendendo o do acusado. O facto de ser ou não, o acusado, um homem propenso à mentira, é uma coisa que deve ser sempre levada em conta, como um critério subjectivo de avaliação, comum a todos os testemunhos. Ser ou não, o testemunho do acusado, prestado por uma forma séria, precisa, judicial, é uma coisa a que deve sempre atender-se, como critério formal que serve para a avaliação de qualquer testemunho. Ser ou não verosímil o conteúdo do depoimento do acusado, é uma coisa que deve ser levada sempre em conta, como um critério objectivo, que serve para avaliar exactamente tanto o testemunho do acusado, como o de qualquer outro testemunho. Consequentemente, quando falamos de critérios específicos para a avaliação do testemunho do acusado sôbre o facto de outrem, não excluímos a aplicação dos critérios genéricos. Êstes critérios, que servem para todo o testemunho, incluindo o do acusado, foram já expostos, e não é necessário repeti-los aqui: digamos, por isso, unicamente que, se fôsse necessário repeti-los, seria necessário precaver-mo-nos para se

não falsear a sua natureza, apresentando-os como critérios específicos.

A propósito de critérios específicos de avaliação para uma dada espécie de testemunho é necessário, pois, em primeiro lugar observar, que eles não são, e não podem ser, senão modalidades particulares pelas quais os motivos genéricos se determinam, mais frequentemente que em qualquer outra espécie, naquela espécie particular de testemunho que se considera. Posto isto, parece-nos que os motivos específicos de descrédito do testemu-

nho do acusado sobre o facto de outrem, se reduzem a um só: ao interesse em mentir derivado da qualidade de acusado na testemunha; interesse em mentir, que se revela na relação entre o conteúdo do testemunho e a qualidade de acusado da pessoa que afirma. E por isso que este interesse em mentir sobre o facto de outrem se determina diversamente conforme o acusado confessa ou nega o facto próprio, julgamos por isso conveniente proceder por meio deste critério à divisão metódica e fundamental da matéria, subordinando-a a duas categorias: testemu-

nho sobre o facto alheio, do acusado que confessa, e testemunho sobre o facto alheio, do acusado que se desculpa. Procuremos apresentar este esquisso.

*I — Testemunho sobre facto alheio, do acusado que confessa em todo ou em parte*

É este o campo das maiores investigações. É contra o acusado confesso que se insurgiu especialmente a crítica, para tirar todo o valor ao seu testemunho sobre o facto do cúmplice. Examinamos já anteriormente alguns dos argumentos intrinsecamente falsos reunidos para defesa desta tese.

Observaremos aqui que todos os argumentos recrutados se reduzem substancialmente a este: veracidade e delito não podem achar-se reunidos. Na verdade, este argumento é mais lato que o que se pretende: coloca fora do campo das provas também a confissão. Se a veracidade e o delito não podem encontrar-se juntos, qual a razão porque se dá valor probatório às palavras do |



acusado, quando afirma o facto próprio, e se lho nega quando afirma o facto alheio?

Que veracidade e delito não se podem conjugar, não se querará por certo afirmar em um sentido absoluto; mas também não é verdade no sentido do maior número dos casos: sob o ponto de vista do facto, se consultais a história dos processos, encontrareis mais freqüentemente que o acusado confesso disse a verdade sobre o facto dos cúmplices, e encontrareis mais raramente que ele os tenha caluniado. Afirma-se que veracidade e delito se não coadunam, partindo da convicção de que o delito cometido revela sempre uma baixaza de espírito, que origina a propensão mais para a mentira, que para a verdade. Mas não se atende a que nem todos os crimes revelam baixaza de espírito, como, por exemplo, a não revelam, falando de um modo geral, os crimes de ímpeto; e há mesmo crimes que nascem da excitabilidade indómita de um espírito elevado, como os crimes cometidos para vingar a honra ultrajada. Junte-se a isto que o homem não faz coisa alguma sem um motivo, e por isso a própria baixaza de espírito não é senão antes um obstáculo a menos, do que um estímulo para a mentira. Não queremos dizer com isto que não seja necessário levar em conta esta eventual baixaza de espírito; quando mesmo ela resultasse no acusado pela natureza do delito confessado, ela deve ser atendida, mas já não como uma razão para tirar todo o valor à sua palavra sobre o facto do cúmplice, mas como uma simples razão de *suspeita*, que poderá ser corroborada ou paralisada pelo conjunto dos critérios que servem para a avaliação daquela palavra.

Mas disse-se também a propósito do réu confesso, apoiando-se em um argumento sofisticado por nós já combatido, que, visto não ter havido repugnância em confessar o próprio delito, é isso que faz rezear que o acusado facilmente acuse também os outros injustamente; ó necessário, por isso, para a justa avaliação probatória, distinguir entre acusado que confessou espontaneamente e acusado que confessou coagido pelas provas; e denominando testemunha *confessa*, por antonomasia, a primeira, e testemunha *convencida* a segunda, concluiu-se que, se é justo,

emquanto à inculpabilidade do cúmplice, não conceder fê à palavra do acusado quando confesso, é necessário, ao contrário, conceder-lha quando é convencido. Admitida a premissa, a conse-

qüênc  
ia é lógica. Mas nós já demonstramos a falsidade da premissa, observando que a facilidade *em dizer a verdade* sôbre o facto próprio, não pode lògicamente conduzir senão & facilidade *em dizer a verdade* sôbre o facto de outrem, quer esta verdade seja favorável ou desfavorável àquele a quem se refere; e isto tanto mais, que o grande interêsse que se tem em ocultar o facto próprio, não é o mesmo que existe em ocultar o facto alheio. A distinção de confesso e de convencido, inspirando-se, conseqüentemente, em uma premissa, falsa, não legitima a conseqüência probatória que se lhe quer atribuir relativamente à inculpação do cúmplice.

Se se quer distinguir entre confesso e convencido, esta diferença, inspirando-se em um critério mais verdadeiro, é afirmada antes em favor do confesso, que se mostrou fácil à verdade, que do convencido, que se obstinou em mentir enquanto ponde; e esta diferença de credibilidade valeria tanto para o testemunho do acusado que acusa o cúmplice, como para aquele que o desculpa.

Mas, se bem que esta diferença, como nós a entendemos, seja verdadeira, é necessário, contudo, notar que ela nem por isso tem grande importância, sendo o seu valor grandemente enfraquecido pela consideração de que o acusado tem um interêsse poderosíssimo em ocultar o facto próprio, e não tem interesse algum em ocultar o facto alheio; e, por isso, da repugnância em confessar a verdade do próprio crime, não pode deduzir-se lògicamente a repugnância em dizer a verdade sôbre o facto alheio. Se da admissão do próprio crime vem para o acusado o mal da pena, da admissão eventual do crime alheio não lhe advem, ao contrário, mal algum. Não pode, portanto, afirmar-se que, por não ter fâcilmente confessado o próprio crime, o acusado convencido seja uma têtemunha a quem repugna, em geral, dizer a verdade. Mas é verdade, no entanto, que, se não pode dizer-se que lhe repugna a verdade, também não pode considerar-se propenso a ela. Mantem-se, por isso, sempre como verdade que êle não revelou propensão alguma em dizer a verdade,

emquanto essa propensão, pela espontaneidade das suas declarações, é revelada, ao contrário, pelo facto de ser confesso; e fica, por isso, também, sempre verdade que, se se pretender estabelecer diferença entre o acusado confesso e o acusado convencido enquanto à força probatória das suas declarações sob o facto do cúmplice, essa diferença logicamente é estabelecida em favor do confesso, de preferência ao convencido, e tanto pelo que respeita ao testemunho que acusa, como quanto ao que desculpa o cúmplice: poderá ser, neste sentido, pouco importante esta diferença probatória, mas ao menos será verdadeira. E basta a este respeito. Resta-nos apenas observar que, em consequência do que temos dito, não reconhecendo a importância da distinção entre confesso e convencido, nós quando falamos de acusado confesso, compreendemos nesta designação tanto o que confessou espontaneamente, como o que confessou coagido pelas provas. Prosigamos. O testemunho, sobre o facto do cúmplice, do acusado confesso, considerado genericamente até aqui, compreende em si subespécies que é conveniente estudar separadamente. O acusado, mesmo confessando o facto próprio, pode tanto desculpar, como acusar o próprio cúmplice; a acusação pode referir-se tanto a um cúmplice indicado já como tal pelo processo, como a um cúmplice que se não acha anteriormente declarado como tal senão pela palavra do acusado. Atendendo a estes critérios, o testemunho do acusado confesso, sobre o facto do cúmplice, deve consequentemente distinguir-se assim:

- a) *Desculpa do cúmplice.*
- b) *Acusação em sentido genérico do cúmplice:* esta acusação do cúmplice subdistingue-se, em seguida, por sua vez, em *acusação em sentido específico* do cúmplice, e em *chamamento* do cúmplice.

Digamos uma palavra a respeito de cada uma destas sub-espécies. A) *Desculpa do cúmplice*, por parte do acusado confesso.

Desde que o acusado confessou o próprio delito, o seu testemunho em favor do cúmplice tem pelo menos valor igual ao de qualquer outro testemunho. Depois da confissão do facto pró-

prio, não pode haver razão alguma que nasça *da qualidade de acusado*, para o aconselhar a mentir em favor do cúmplice.

Isto é absolutamente verdadeiro na hipótese de confissão completa, porquanto a quem confessou tudo não pode de modo algum aproveitar a extinção ou a atenuação da criminalidade do seu cúmplice; ao contrário, o que pode é ser-lhe nociva.

Quando se trata, pois, de confissão parcial: consistindo esta em uma confissão mixta de desculpa, neste caso, o testemunho do acusado em favor do cúmplice terá ainda um valor igual ao de qualquer outra têtemunha, sempre que a desculpa do cúmplice não coincida com a desculpa parcial própria, quer identificando-se com esta, quer harmonizando-se simplesmente com ela, es empre que se não apresenta como verosímil que a desculpa do cúmplice seja destinada a procurar obter do próprio cúmplice um auxilio, de palavras, ou de silêncio, para a parcial desculpa própria. O acusado que, tendo confessado o furto, negou ter procedido arrombando a porta, quando nega ao mesmo tempo que a porta tenha sido arrombada por Caio seu cúmplice, é claro que tem um interêsse poderoso para desculpar Caio, pois que a desculpa de Caio se resolve em desculpa própria. Assim, pois, quando Ticio, acusado juntamente com Caio de ter em um tumulto popular apunhalado Semprônio; quando Ticio, depois de ter declarado que êle não feriu senão com um pau, declara também que Caio só feriu com um pau, todos compreendem que provàvelmente êle desculpa o cúmplice para ser, pela sua vez, por êle desculpado.

Haverá quem, a propósito de desculpa do cúmplice, pense talvez como motivo particular de descredito, na possibilidade de uma grande amizade de acusado para com o seu cúmplice no delicto. Podem existir laços do coração e de sangue, capazes por si sós, de induzirem o acusado a desculpar, mentindo, o seu cúmplice, sem estímulo algum de interêsse próprio directo. Uma mãe que tenha cometido um crime conjuntamente com seu filho, afirmando mesmo tôda a sua criminalidade, gostará muitas veze8 de negar a cumplicidade de seu filho, embora desta desculpa mentirosa do cúmplice, não lhe advenha vantagem alguma judiciária, e mesmo por vezes lhe provenha prejuízo. Admitimos isto,

mas repetimos o que se disse anteriormente: o que pertence ao geral não deve desnaturar-se como peculiar da espécie. Que a amizade pode levar á mentira em favor do amigo, é uma verdade comum às declarações de tôdas as testemunhas; funda-se nisto um motivo de descrédito que pode, com igual razão, enfraquecer a credibilidade de qualquer testemunho, quer de terceiro, quer do acusado, quer mesmo do próprio ofendido. Expor êste motivo genérico de descrédito, ou outro análogo, como um motivo particular ao testemunho do acusado, seria falsear-lhe a natureza dando origem a confusões e a conseqüências errôneas. A amizade a propósito de desculpa do cúmplice, não pode apresentar-se como motivo específico de descrédito, senão enquanto se considera aquela amizade *que costuma existir ordinariamente entre cúmplices, como tais*. Mas êste motivo não me parece de grande importância, pelos graves interesses pessoais que a testemunha tem em jôgo e pela natureza ordinariamente pouco generosa, dos delinqüentes.

B) *Acusação em sentido genérico do cúmplice*, por parte do acusado confesso.

Se contra o testemunho sôbre facto alheio do acusado confesso se insurgiu, como vimos, a crítica crimial para o banir do campo das provas, êstes esforços teem-se dirigido particularmente contra o testemunho do acusado, que tem lugar *a cargo* do cúmplice; testemunho específico de que sômente, como dissemos, a crítica criminal se ocupa a título de testemunho do cúmplice, e de que aqui nos limitamos a falar como de uma subespécie do testemunho do acusado. A denominação de testemunho do cúmplice, usada, como se tem feito, no sentido restrito de testemunho do acusado contra o cúmplice, é uma denominação inexacta que se refere a uma matéria mais am la que aquela a que se atribui: para maior precisão preferimos agora indicar esta subespécie têtemunhal sob a designação de *acusação do cúmplice*.

No exórdio, falando da forma como os escritores de critica criminal, genèricamente falando, trataram esta matéria, combatemos de entre os seus argumentos falsos aquêles que nos pareceram os mais especiosos para tirar todo o valor á acusação do

cúmplice. Não é necessário repeti-los. Vimos também como muitas vezes se falseia o valor desta subespécie testemunhal, apresentando, como motivos especiais de descrédito dela, motivos genéricos, comuns a todos os testemunhos. Estas prévias demonstrações tornar-nos hão agora mais rápida a exposição do assunto. A propósito os motivos genéricos de descrédito, expostos como motivos particulares da acusação do cúmplice, julgamos, não ser inútil observar também aqui, que, para desacreditar êste testemunho particular, não se exposeram como razões especiais de descrédito sòmente motivos que conteem uma igual possibilidade de êrro tanto para êste como para qualquer outro testemunho, mas fizeram-se valer também como razões particulares de descrédito relativamente à acusação do cúmplice, motivos que eram uma fonte menos fácil de êrro para êsse, do que para qualquer outro testemunho. Assim, quando para desacreditar a acusação do cúmplice se alega a possibilidade de uma inimizade que leve o acusado a caluniar o seu pretendido cúmplice, não se atendeu a que isto é uma razão de maior facilidade de êrro para o testemunho de um terceiro do que para o do acusado. Desde que um terceiro, cuja inimizade com o acusado se conhece, vem depor contra êle, não existirá, em geral, considerando o depoimento em ai mesmo, uma razão suficiente para verificar se o seu depoimento se inspira na verdade, se no ódio: eis aqui a fonte dos maiores êrros. Já assim não é quanto à acusação do cúmplice. Se o acusado, cuja inimizade para com uma dada pessoa se conhece, se apresenta, não obstante a sua absoluta inocência, a denunciá-la como cúmplice, não dará isso, ao contrário, lugar senão a pequeníssimos equívocos; contra a verdade da asserção do acusado, simultâneamente com a razão *subjectiva* de descrédito, baseada na inimizade, existirá também uma razão *objectiva* de descrédito, baseada na incredibilidade moral de uma sociedade criminosa entre inimigos: com o motivo *subjectivo* comum de descrédito, que consiste na inimizade, cumula-se um motivo igualmente comum, que consiste na incredibilidade, ou pelo menos na-inve-rosimilhança da afirmação. A cumplicidade requer uma mutual confiança, e não é, portanto, crível que o acusado se tenha asso-

ciado, para cometer um crime, como aquele que, como inimigo, devia inspirar-lhe adversão e desconfiança. Como se vê, pois, a inimizade pode ser fonte de maiores êrros no testemunho de terceiro, que DO do acusado.

Nestas considerações que fizemos relativamente à inimizade, que arrasta o acusado a mentir contra o seu cúmplice, não atendemos senão à hipótese de o acusado caluniar um inocente. Quanto à hipótese, pois, de êle, por inimizade anterior ao crime, agravar a sorte do verdadeiro cúmplice, esta hipótese é inverosímil, porquanto, como dissemos, a sociedade criminosa não tem lugar entre inimigos. Finalmente, no caso de a razão da inimizade ser posterior à consumação do crime, então é admissível a hipótese de se agravar por meio da mentira a situação do verdadeiro cúmplice, mas, de todo o modo, nesta hipótese, a possibilidade de êrros derivados da inimizade posterior ao crime não se apresenta ao espírito do juiz senão, como igual, tanto para o caso de testemunho de terceiro, como para o de testemunho do acusado.

Passemos ao exame do outro motivo comum, que se expôs também como motivo especial de descrédito quanto à acusação do cúmplice. Sempre no intuito de desacreditar de um modo particular a acusação do cúmplice, tem-se alegado também a possibilidade de o acusado caluniar o seu cúmplice para favorecer o ódio alheio. Ora, não se atendeu a que um tal motivo de descrédito, considerado em relação ao testemunho de terceiro, deve produzir maior alarme, do que considerado relativamente ao do acusado. E, contudo, é assim. Desde que um cidadão é indiciado numa investigação criminal, nunca mais é perdido de vista pela justiça; o poder investigatório segue-o passo a passo, vigia a sua vida e as suas relações, para poder colher as provas da sua suspeitada criminalidade; e por isso, na hipótese de alguém querer induzi-lo a caluniar como cúmplice um inocente, devendo necessariamente ter havido encontros, acôrdos, pactos, entre o acusado por um lado, e o corruptor ou o seu representante por outro, é fácil -à justiça chegar ao conhecimento dêstes encontros e destas assiduidades. E, como a justiça não despreza coisa alguma,

colhendo informações a respeito das pessoas que estiveram em contacto com o acusado, poderá pelo conhecimento destas pessoas ilucidar-se sobre o motivo que levou a mentir, que actuou sobre o espírito do acusado. Admitindo-se que o acusado calunia como cúmplice um inocente, a notícia dos acôrdos celebrados entre êle e um inimigo feroz do pretendido cúmplice, poderá levar a justiça à suspeita da mentira nas acusações do arguido: investigação difícil, não o negamos, mas menos difícil que a necessária para descobrir a corrupção exercida sobre o espírito de qualquer outra testemunha. O terceiro, que é chamado como testemunha, não se encontra submetido a vigilância por parte da justiça. Quando, por isso, depois de ter pactuado com um inimigo do acusado o preço de um falso testemunho, o terceiro se apresenta a depor, a justiça, não tendo conhecimento das relações pessoais da testemunha,, tem um indício a menos para a suspeitar de mentira. Mas basta a êste respeito.

Dissemos já que a acusação do cúmplice em sentido genérico se subdivide para maior exactidão em duas variedades: em *acusação em sentido específico*, e em *chamamento* do cúmplice. A acusação em sentido específico do cúmplice refere-se à hipótese de que o cúmplice, contra quem o acusado depõe, tenha já sido indicado como tal pelo que consta dos autos; o chamamento do cúmplice refere-se, ao contrário à hipótese de que, pelo que consta dos autos, o cúmplice contra quem o acusado depõe só tenha sido indicado como tal pela palavra do acusado. Estas duas variedades testemunhais não se encontram submetidas a critérios diferentes; tanto uma como outra são apreciadas pelos mesmos critérios de avaliação. Mas o chamamento do cúmplice tem um motivo de inferioridade, que consiste na espontaneidade do tes-

temunho do acusado; e esta espontaneidade tem uma influência que agrava todos os motivos de descrédito possíveis, fazeudo com que êles se tornem pelo chamamento do cúmplice, de uma força superior à que teem para a acusação em sentido específico.

Abra-se aqui um parentesis: Pode, por acaso, observar-se que a espontaneidade do testemunho do acusado se verifica não só quando o cúmplice, contra quem se depõe, não é indicado



como tal pelo que consta dos autos, mas também quando, sendo mesmo indicado como tal, o acusado não tenha disso conhecimento. Isto é rigorosamente verdadeiro: mas proceder-se bá mal querendo tirar destas considerações a consequência de que a noção anteriormente apresentada é muito restrita e inexacta. Nós só consideramos a espontaneidade emquanto constitui uma razão de inferioridade probatória da indicação do cúmplice, relativamente à *acusação* em sentido específico. Ora, no caso, em que o cúmplice contra quem o acusado depõe é indicado como tal pelo que consta dos autos, embora o acusado não tenha disso conhecimento, a espontaneidade do seu testemunho não constitui logicamente uma razão de inferioridade probatória; por isso que esta espontaneidade é uma fraqueza do testemunho, que é contrabalançada pelo valor têtemunhal da convergência das provas: o acôrdo entre as palavras do acusado e as afirmações do processo que êle não conhece, realça a fé na sua credibilidade, aquela fé que a espontaneidade aconselharia a reduzir. E portanto, sob o ponto de vista da fôrça probatória, essa hipótese não deve confundir-se com o que indicamos sob o título de chamamento do cúmplice. Posto isto, mantendo as noções já apresentadas, e voltando ao que estavamos dizendo, a *espontaneidade*, nos limites por nós estabelecidos, [faz com que, tanto os motivos comuns como os motivos específicos de descrédito, se tornem mais fortes no caso de *chamamento* do cúmplice. Quando, não havendo coisa alguma que indique a criminalidade de Ticio, o acusado se apresenta a acusá-lo de cumplicidade, tôdas as hipóteses possíveis de mentira, encontram mais fácil acesso no espírito do juiz; crêr-se há com maior facilidade no influxo de uma inimizade; crêr-se há mais fãcilmente no influxo de uma corrupção; e assim por diante. Bis aqui em que consiste a diferença probatória que nós encontramos entre *chamamento* do cúmplice e *acusação*, em sentido específico, do cúmplice; em tudo o mais, estas duas variedades unificam-se na subespécie têtemunhal, a que pertencem, e na subordinação aos critérios específicos de avaliação que lhe são superiores. • Mas quais são os critérios de avaliação que se referem à

acusação, em sentido genérico, do cúmplice ? Falando sob o ponto de vista mais lato do testemunho do acusado sobre facto alheio, dissemos já que os seus motivos específicos de descrédito se reduzem a um só: ao interesse em mentir derivado da qualidade de acusado na testemunha, interesse em mentir que se revela na relação que existe entre o conteúdo que tem o depoimento, e a qualidade de acusado que tem a testemunha. Ora, considerando este motivo de descrédito particularmente em relação à acusação do cúmplice, vê-se que a suspeita da mentira recai sobre a acusação do cúmplice, como motivo específico de descrédito, emquanto é de natureza tal que leve à suposição de que se tenha apresentado ao espírito do acusado como um desagravo da própria responsabilidade. Do momento em que o acusado julga que, atribuindo certos factos ao cúmplice, diminui a própria responsabilidade, o seu depoimento contra o cúmplice supõe-se logicamente ter sido ditado não segundo a verdade, mas pelo interesse pessoal na causa; é este um motivo de descrédito que deriva precisamente da relação entre a qualidade de acusado confesso na testemunha, e o conteúdo, acusatório do cúmplice, do seu testemunho; é este por isso um motivo específico de descrédito da acusação do cúmplice.

Não são necessários comentários, para se compreender como o acusado, que confessa ter tomado parte de um modo acessório no crime, quando atribui a parte principal ao seu cúmplice, deva legitimamente ser suspeitado de mentira. E compreende-se, portanto, que se aquele contra quem se dirige esta maior acusação é estranho ao processo, a espontaneidade do chamamento tornará mais viva ainda a suspeita sobre as palavras acusadoras do arguido.

Não é necessário comentários, para se compreender que, achando-se o acusado sob a acusação de um crime como único autor, se ele vem atribuir, em seu desagravo, parte da acção criminosa a um pretendido cúmplice, este chamamento do cúmplice deva originar grandes e legítimas suspeitas. Em tais hipóteses, não é, pois, inútil notar que as suspeitas aumentarão ou diminuirão segundo a natureza do crime; as suspeitas serão

menores em um crime cuja execução requeira ordinariamente o concurso de mais pessoas, e maiores em um crime cuja execução não necessita multiplicidade de agentes: é a influência do critério comum objectivo da verosimilhança ou da inverosimilhança das afirmações testemunhais.

Sempre que, repitamo-lo, a acusação em sentido genérico do cúmplice se apresenta como um desagravo do arguido que acusa, a suspeita sobre a sua veracidade é legítima. Deriva daqui tornar-se esta suspeita gigantesca, quando se prometeu a impunidade à revelação dos cúmplices; o impulso para a mentira é tão forte, que a lógica se recusa a prestar atenção a uma tal designação de cúmplice, que tem como prêmio a impunidade do seu revelador. Mas, felizmente, estas hipóteses da impunidade, como prêmio das revelações, tem perdido hoje a sua importância, tendo-se verificado os seus grandes prejuízos. A promessa de impunidade, em vez de ser um freio ao crime pela desconfiança que gera entre os cúmplices, é antes um incitamento ao crime, devido à segurança que dá a cada um de ter sempre um caminho aberto para se esquivar à justiça penal. A promessa de impunidade, pacto imoral entre a lei e o delinquente, além de ser um erro judiciário, é um erro probatório: por um lado incita ao crime, e corrompe e perturba a sociedade com o espectáculo de deixar livre e impune um criminoso, que quasi sempre é não só o maior réu, mas o mais perverso; por outro, confunde todo o critério probatório, originando, por obra da lei, na consciência do acusado, um impulso poderosíssimo para as falsas revelações.

Concluindo, julgamos conveniente repetir que o critério específico de avaliação, que expozemos anteriormente, não pode só por si determinar o valor respeitante à acusação do cúmplice. Dissemos também já, que todo o critério específico de avaliação da afirmação de uma pessoa não é substancialmente senão •o modo particular, por que um motivo genérico se determina mais frequentemente, do que em qualquer outra, em uma dada espécie testemunhal: assim, é o interesse na causa, critério geral de avaliação para todo o testemunho, que se converte no critério específico de avaliação para nós exposto a propósito da acusação

do cúmplice. Ora, além dêste critério genérico, que se converte, pelas suas particulares determinações, em um critério específico da acusação do sócio; além dêste critério genérico, para se obter a medida exacta da credibilidade da acusação do cúmplice, é necessário atender também a todos os outros critérios genéricos, quer se fundem em considerações do sujeito, quer da forma, quer do conteúdo do testemunho.

Não nos chamem enfadonhos se insistimos em certas considerações; mas parece-nos, por vezes, que não as ter presentes é causa de muitos e graves equívocos.

Observemos, finalmente, que falando da acusação do cúmplice, nos temos referido sempre à hipótese de um *acusado confesso* que se encontra *sub judice* para ser processado e julgado. Que diremos nós no caso em que o acusado em seguida ao julgamento se encontra já condenado, e se apresenta acusando um cúmplice ?

E necessário distinguir: se, enquanto ao condenado, essa acusação, uma vez aceita, podêsse dar lugar a uma revogação da sentença, ou a um perdão da pena, a suspeita surgiria poderosa contra a sua veracidade; se, pois, não pode provir dela alguma vantagem para o condenado, é necessário distinguir, relativamente ao influxo que essas revelações poderiam ter sobre o destino do cúmplice. Se o cúmplice se encontra definitivamente Julgado de modo a não poder cair de novo *sub judice*, as palavras do acusado são sem efeito, e não é necessário atender a elas; se se trata, pois, de um cúmplice, que pode cair de novo *sub judice*, ou sob a acusação de um indivíduo que não foi chamado a juízo, e que pela natureza da acusação pode ser sempre chamado a prestar contas judicialmente, então não pode pro-curar-se senão entre os critérios comuns do testemunho o impulso possível para a mentira que tenha arrastado o condenado a tais revelações, tendo sempre presente que a espontaneidade das revelações do condenado, e a sua inoportunidade, acreditam as razões de suspeita.

II — *Têstemunho sôbre facto alheio, do acusado que se desculpa em tudo'*

Não nos referiremos aqui à hipótese do acusado que depõe sôbre o facto de outrem desculpando-se *em parte* em quanto ao facto próprio; porquanto a hipótese da desculpa parcial se confunde com a da confissão parcial já por nós anteriormente examinada. Examinaremos aqui o caso em que o acusado depõe sôbre o facto de outrem, desculpando-se totalmente quanto ao facto próprio.

Esta hipótese do depoimento sôbre o facto de outrem, por parte de um acusado que se desculpa em tudo, não tem dado lugar, como a hipótese do depoimento do acusado confesso, a problemas e discussões: ela nem mesmo tem sido tomada em consideração. Mas a menor importância, que reconhecemos nesta hipótese, parece-nos não dever dispensar o seu exame, ainda quando mais não fôsse, para a integridade do estudo. Mas qual é a razão da menor importância desta hipótese? No caso do acusado confesso, supondo mesmo verdadeira a confissão, o seu depoimento—é um testemunho prestado por um delinqüente no seu próprio julgamento; daqui o grave problema do valor têstemunhal da sua palavra sôbre o facto do cúmplice; da sua palavra, emitida no próprio julgamento do delinqüente que se reconhece como tal. No caso do acusado que se desculpa em tudo, ao contrário, se se reconhece como verdadeira a desculpa, o seu depoimento sôbre o facto alheio, considera-se tão valioso como o de qualquer outra têstemunha; se, portanto, a sua desculpa se considera como falsa, então a sua palavra perde tôda a importância probatória, como palavra de têstemunha mentirosa.

Posto isto, passemos a referir as variedades em que pode determinar-se o depoimento sôbre o facto de outrem, do acusado que se desculpa em tudo.

O acusado mesmo desculpando-se em tudo quanto a si, pode tanto desculpar como acusar outrem: o seu testemunho, que desculpa quem se encontra também em juízo com êle, chamamo-lo-*desculpa do co-réu*; o seu testemunho acusando quem se acha

em juízo com êle, ou mesmo uma pessoa estranha ao juízo, chamamo-lo *designação de réu*. Digamos uma palavra sôbre cada uma destas subespécies.

Emquanto à desculpa de outrem por parte de quem se desculpou também, denominamo-la *desculpa do co-acusado*, porque ela só pode ter lugar a favor de quem se encontra sob a acusação; a desculpa só se entende em favor do *acusado*; preferimos portanto falar de *co-acusado*, e não de *cúmplice*, porquanto do momento em que o acusado se desculpa em tudo, é, relativamente a êle, em qualquer caso, uma antinomia falar de cúmplice do crime. O motivo especial de descrédito dêste, como de qualquer outro testemunho do acusado sôbre o facto alheio, assenta no interêsse em mentir, que nasce da qualidade de acusado na têtemunha; e êste interêsse em mentir determina-se, a propósito de desculpa do co-acusado, na hipótese de que a desculpa do co-acusado se unifique com a desculpa própria, e na hipótese de que o co-acusado que é desculpado possa desculpar-se por sua vez, ou simplesmente não acusar o argüido, retribuindo-lhe o serviço dêle obtido. Assim, se um acusado, que sabe ter sido visto, antes e em seguida ao crime, em companhia de Gaio, vem afirmar, que êle e Caio se achavam em lugar diverso daquele do crime, ao tempo da sua consumação; compreende-se que êste *alibi* afirmado também por Caio, é uma consequência do *alibi* por êle afirmado; verificada a companhia de Ticio e de Caio em momentos precedentes e subsequentes ao crime, o *alibi* ganha credibilidade sendo afirmado por um e por outro, e perde credibilidade sendo afirmado por um só. E, portanto, afirmando-se o *alibi* também por parte do co-acusado Caio, êste tem um interêsse comum em não revelar a sua falsidade. À medida, pois, que a desculpa do co-acusado se destaca da do acusado, tornan-do-se independente dela, e não apresentando possibilidade de auxílios têtemunhais correspectivos por parte do co-acusado, o testemunho do acusado desculpando-se ganha em credibilidade, por isso que o motivo específico de descrédito torna-se sempre menos aplicável. Assim, se Ticio, acusado de ferimentos numa rixa, afirma achar-se presente na desordem, mas não ter ferido,

e afirma ao mesmo tempo que Caio, co-acusado, nem sequer se achava presente na desordem, esta desculpa do co-acusado tem toda a sua força probatória. Poderá esta força ser impugnada por motivos comuns de descrédito; mas não há motivo algum que tire a credibilidade a semelhante testemunho do acusado.

Passemos à *designação de réu*. O acusado que se desculpa a si próprio em tudo, pode com as suas palavras dirigir, ao contrário, a acusação, quer contra quem se encontra em juízo, co-acusado, como cúmplice do mesmo crime, quer contra outrem, estranho ao julgamento do delito em questão. Esta espécie de testemunho sobre o facto de outrem tem na sua natureza especial um motivo constante de descrédito. É evidente que quem tenta afastar de si toda a responsabilidade, designando outrem como réu, é impelido sempre pelo grande interesse de desviar de si toda a acusação, colocando-se fora da causa.

Tanto quanto à *designação de réu*, como quanto à *desculpa do co-acusado*, não é inútil, portanto, observar que os critérios específicos de avaliação se acham, nesse caso sobretudo, subordinados ao critério comum de veracidade ou falsidade do depoimento, por isso que se deduzem da veracidade ou da falsidade do depoimento que o acusado faz sobre o facto próprio. A veracidade verificada pela desculpa própria realça a fé na palavra do acusado, emquanto à desculpa ou à acusação de outrem; vice-versa, a falsidade da desculpa própria diminui a fé na palavra do acusado, tanto quanto à desculpa como quanto à acusação de outrem.

Uma última consideração, e concluimos. Também a propósito de acusado que se desculpa em tudo, falando do seu testemunho acusando outrem, referimo-nos à hipótese de que ele se encontre *sub judice* para ser processado ou julgado. Que diremos se ele já foi condenado? Do momento em que o acusado foi condenado, a distinção entre acusado que confessou, e acusado que se desculpou em juízo, perde toda a importância; e por isso o problema do valor probatório da sua palavra é um problema único, tanto para um caso como para outro, e deve por isso resolver-se sempre segundo os mesmos critérios já por nós mencionados relativamente ao réu confesso. Basta somente observar

que, quando o condenado passa a declarar-se inocente, o facto de acusar outrem, quando mesmo não possa ter em vista sub-trair-se no todo ou em parte ao sofrimento da pena, pode sempre facilmente ter em vista acreditar de qualquer modo as suas palavras, para ao menos se fazer lastimar como vítima de êrros judiciários.

## CAPITULO VII Limite probatório

derivado de ser único o depoimento

Temos já, anteriormente, feito por diversas vezes referência ao facto de ser *singular*, como limite probatório, o testemunho. Mas, tratando-se de uma grave questão, que deu lugar a acaloradas discussões e a conclusões opostas, julgamos necessário examiná-la, aqui, de um modo particular e mais desenvolvidamente. O problema do depoimento singular, que se tem debatido sòmente emquanto ao testemunho de terceiro, deve considerar-se também emquanto ao do ofendido e do acusado. Procedamos a êste exame.

Começando por considerar a qualidade de ser único emquanto ao testemunho de terceiro, para não caír em equívocos é bom determinar em primeiro lugar a natureza do problema que se trata de examinar.

O problema é êste: A palavra da têtemunha única, conquanto possua tôda a credibilidade, mas sem mais auxílio algum de provas directas ou indirectas, em face do dizer contrário do acusado, pode, relativamente à existência de um *facto qualquer*, ter fôrça prevalente de modo a produzir aquela certeza que é a única base legítima da sentença condenatória?

Dissemos que no problema atenderíamos à palavra da testemunha sem auxílio de outras provas, quer directas, quer indirectas, comprovantes do facto atestado; porquanto se, para provar o facto atestado pela única têtemunha, concorrem, admitamos, indícios graves, todos veem que a acumulação do testemunho com outras provas, se bem que indirectas, pode naturalmente produzir uma certeza legítima; e o testemunho já não seria único



como prova. Muitos dos que se declaram a favor da possibilidade do valor prevalente do testemunho singular, são guiados precisamente pela hipótese não expressa desta sua acumulação com outras provas.

Quando falamos do problema do testemunho único, entendemos falar de um testemunho único como testemunho e *como prova*, relativamente a um dado objecto.

Disse eu também na enunciação do problema que examino o valor do testemunho relativamente à existência de um *facto qualquer*; por isso que não é necessário atender unicamente à hipótese do testemunho único em processo, isto é, à hipótese extraordinária do testemunho como única prova de *todo* aquele *facto* complexo que se denomina delito: considerar assim o problema é limitá-lo. Pode dar-se o caso de cem testemunhas afirmarem sem discrepância o delito e delinquente, mas relativamente a uma circunstância haver unicamente uma testemunha afirmando por um lado, e o acusado negando por outro: neste caso, como no primeiro, subsiste sempre o problema do valor do testemunho único. Um problema pode examinar-se nas suas partes, mas não é lícito tomar uma parte pelo todo. Dar a um problema maior ou menor compreensão que a que lhe respeita, é falsear a sua natureza. O problema, portanto, da singularidade do testemunho de terceiro deve ser examinado dentro dos limites que acima marcamos.

Determinada, assim, a natureza do problema, é do máximo interesse, para evitar outros equívocos, declarar qual o campo e qual o ponto de vista dentro do qual se entende tratá-lo.

É necessário ter sempre presente que, em matéria de provas, os jurisconsultos não se deixam guiar exclusivamente pelas leis racionais da certeza. Atendendo a que a certeza judiciária nunca é apodíctica, e pode sempre insinuar-se nela o erro, a sapiência dos jurisconsultos e dos legisladores tem procurado determinar fórmulas e estabelecer garantias que tornem, se não impossível, pelo menos difícil o erro: a disciplina que se ocupa deste assunto é arte judiciária, como a que se ocupa das leis racionais da certeza é a lógica judiciária. Estes dois pontos de vista podem

levar a conseqüências diversas; e não distingui-los; origina uma infinidade de equívocos, e leva amigos e adversários a não se entenderem. A lógica judiciária pode dizer, a propósito de uma prova: ela é racionalmente capaz de produzir a certeza; e a arte judiciária pode acrescentar: no entanto é melhor rejeitá-la sempre, por isso que contém a possibilidade de muitos êrros.

Posto isto, é conveniente notar que nós passamos a considerar o problema sob o nosso ponto de vista, que é o da lógica judícia], notando igualmente que a arte judicial pode aplicar, na solução do problema, critérios mais restritos e nunca mais largos.

Tendo determinado a natureza do problema, e o ponto de vista sob que o consideramos, passemos a examiná-lo.

No exame dêste problema, é necessário começar, segundo nos parece, por estabelecer uma distinção fundamental, que leva a uma dupla ordem de critérios na sua solução. O testemunho único pode ser o que determina a acusação *contra um determinado indivíduo*; ou existe já um acusado, e então o testemunho único não faz senão ajuntar alguma coisa à acusação.

A primeira hipótese pode verificar-se tanto no caso de o testemunho único ser a exclusiva afirmação, ao mesmo tempo, do delinqüente e do delito, que é o caso do testemunho único no processo, como no caso de somente o testemunho único denunciar o delinqüente, enquanto que o delito deriva de outros meios. Começemos por examinar separadamente êstes dois casos da primeira hipótese, e passemos em seguida a examinar, em terceiro lugar, a segunda hipótese.

I — O testemunho pode ser prova única da subjectividade e da objectividade do crime. Pouco depois da morte de Caia, casada, espalha-se o boato de que Ticio, poucos dias antes da sua morte, a fizera sucumbir aos seus desejos, por meio de violência moral, com ameaças de morte, à mão armada. Procede-se a uma investigação, e verifica-se que êste boato foi espalhado por Semprônio, que, morando num quarto contíguo ao da violentada, pretende ter sido espectador da scena, espreitando pelo buraco de uma fechadura. Ticio nega.

Desculpem apresentar um exemplo um pouco complicado;

mas era necessário para fazer encarar a questão em si mesma de modo que a mente do leitor não se preocupasse com outro» critérios. Se tivesse escolhido o exemplo de um crime *de facto permanente*, como o homicídio ou outro, teria sempre, na exemplificação, de fazer com que faltasse o cadáver ou qualquer outro corpo de delito, para evitar o concurso de provas com o único testemunho; e então o leitor podia deixar-se prender por critérios que regem a outra questão gravíssima da verificação do corpo de delito. Se se tivesse suposto virgem a pessoa violentada, encontrar-nos-íamos em face de outras verificações materiais que se teriam acumulado com o testemunho, ou com a declaração do acusado. Se a tivéssemos suposto viva, encontrar-nos-íamos em face da sua declaração como ofendida, declaração-que se acumularia também com a da testemunha ou com a do acusado, perturbando, assim, sempre a hipótese simples do testemunho Como prova única em processo. Não é, portanto, o amor de investigar que sugeriu o exemplo um pouco complicado. Entro de novo no caminho direito.

O testemunho, como se vê no exemplo apresentado, é a única prova da subjectividade e da objectividade do crime; poderá êle prevalecer sobre a afirmação contrária do acusado ? Não, senhores, cem vezes não.

Em primeiro lugar, nesta hipótese extraordinária e especial que examinamos, poderemos, sem mais nada, declarar-nos contra o valor prevalente do testemunho único, pela consideração superior do fim da pena. A sociedade pune, por isso que o crime criou, e mantém, uma desordem social, intimidando os bons e animando os malvados: é nesta perturbação social, como consequência do crime, que assenta o direito, que à sociedade pertence, de punir. Mas que espécie de perturbação social poderia atribuir-se a um crime que existe unicamente na simples palavra de uma única testemunha? Se, depois de desenrolado todo um processo, não se encontrasse mais coisa alguma na acusação de um homem do que as palavras acusatórias de outro homem, que são não só as únicas afirmativas de quem é o delinquente, mas também do delito, ainda que êste testemunho seja da máxima

credibilidade, acreditaríeis vós, qno a sociedade pudêsse punir? A pena, em vez de reestabelecer a tranquilidade perturbada, provocaria ela mesma uma grave perturbação na consciência social: todos julgariam, por sua vez, poder vir a ser vítimas de um inimigo astucioso que se apresentasse a acusar. Já não é questão de veracidade da têtemunha, e de certeza do juiz; é questão do direito da sociedade em punir, direito que tem o seu fundamento de justiça, e os seus limites racionais na eficácia reesta-belecedora da tranqüilidade social: quando não exista esta eficácia, não há direito de punir.

Mas voltemos à nossa ordem de ideias, que é a da fôrça de verificação que teem as provas em si. E o testemunho único capaz de produzir a certeza judicial?

Se a um sábio que tem de praticar um acto importante se apresenta uma pessoa, ainda que seja digna da máxima credibilidade, e lhe afirma um facto que tem uma influência decisiva sôbre a própria acção, o sábio não fixa com segurança, imediatamente, as suas determinações, tomando por evangelho as afirmações obtidas; mas tendo interêsse em chegar à verdade a fim de regular a sua conduta, o sábio julga-se no dever de procurar verificar o facto por outros meios; dirige-se ao próprio afirmante e diz-lhe: *apresentai-me as provas* do que afirmais; e, dizendo isto, mostra que as palavras puras e simples daquela única têtemunha teem sôbre a sua consciência antes o valor da *enunciação* de um facto, que o da sua *prova*: e isto parece natural, e é aprovado por qualquer outro sábio.

Mas não se pretende que deva assim ser em crítica criminal. No jurista, jurisconsulto ou juiz, o hábito contínuo das subtilezas e das ficções, acaba por criar uma lógica artificial, uma lógica de ocasião que se tem sempre à mão para as salas de justiça e para as academias, como se tem pronta a toga para envergar e a gravata branca para atar. E quando o magistrado e o letrado, entrando de novo na sua vida ordinária, põem de parte o hábito de ocasião, põem juntamente com êle a lógica de ocasião, que não serve bem para as necessidades da vida. Então, de sob o homem artificial, surge o homem da natureza, e de sob a

lógica artificial desponta felizmente o bom senso. E bom, **por** isso, em muitas questões jurídicas ouvir as vozes do bom senso: reconduzir o magistrado e o letrado ao ambiente da vida ordinária, para ouvir dêles as respostas da lógica modesta, inseparável do bom senso.

O magistrado, deixando o Tribunal social, quando torna a entrar no seio da sua família e se torna chefe do tribunal doméstico, como é que se comporta em caso de desavenças? Um de seus filhos afirma um facto ignominioso contra seu irmão, e êste nega-o; um bom chefe de família julga-se em vista disso no direito de recorrer com consciencia segura ao castigo? De modo algum! o pai de família consciencioso acha que, entre um que acusa e o outro que nega, existe igual credibilidade, e portanto procura outras provas, para obter a certeza <sup>9</sup> punir: e quando não encontra outras provas, fica na dúvida e não castiga. Porque é, pois, que esta lógica da vida não tem aplicação nem valor na sala de justiça? Quanto a mim, tanto nesta como em tantas outras questões, é uma ficção jurídica que por vezes preocupa o homem de ciência sem que êste dê por tal, arrastando-o a conclusões diversas. No julgamento criminal, há a intervenção de uma pessoa que concretiza uma ficção jurídica: é o Ministério Público, em quem se finge encarnada a acção penal. Ora, vendo-se nesta terceira pessoa que intervem, vendo-se no Ministério Público a enunciação da acusação, como coisa distinta do testemunho único, julga-se ver neste uma prova que pode ser convincente. O Ministério Público enuncia a acusação, que, assim, fica já lançada sôbre a cabeça do acusado; o testemunho, se bem que único, junta-se à acusação e é prova verdadeira, que pode gerar a certeza jurídica: eis aqui um exemplo da lógica de ocasião. Mas, senhores, o que é a acusação pública senão o éco daquela prova única? [Tanto valor tem a palavra do acusador público, quanto o que deriva da palavra da única testemunha. Consequentemente, na realidade, pondo de parte a ficção, estamos sempre perante duas únicas afirmações: a da testemunha por um lado, a do acusado por outro; e, portanto, o testemunho único é antes a enunciação da criminalidade, do que uma prova. É necessário, que a êle se

jantem outras provas, se se quer obter a certeza; a declaração de criminalidade por parte da testemunha única, é destruída pela declaração da inocência por parte do acusado. Em lógica judiciária, é necessário, nas questões, não se deixar influenciar pelas formalidades mais ou menos acidentais do processo positivo.

Mas, admitindo-se que não temos perante nós senão o acusado e a testemunha, dizer-nos há, contado, Ellero, e dizer-nos hão outros, que a palavra do acusado oferece menor credibilidade, pois que, sendo interessado, é suspeito.

Antes de mais nada, há uma primeira resposta a dar a esta objecção. Se por um lado a palavra do acusado parece menos crível por êle ser o interessado, por outro parece mais crível por que é reforçada pela presunção de inocência que lhe assiste. O interesse, fazendo presumir a facilidade da mentira, diminui a fé no acusado; a presunção da inocência, coincidindo com as suas palavras de desculpa, aumenta-a; são duas presunções que se combatem e se elidem.

Mas, a par da presunção de inocência, vejamos a origem desta *suspeita*, que se quer opôr ao acusado: tem a sociedade o direito de lha opôr, para desacreditar as suas palavras? Creio que não.

Levantais contra mim uma acusação, e depois não quereis dar valor às palavras que apresento em minha defesa, porque a acusação me diz respeito. Suspeitais da minha palavra, porque é em meu proveito. Eu é que suspeito da vossa acusação e da vossa afirmação contra mim, que me leva, como consequência natural, querendo afirmar a verdade, à defesa da minha inocência. Primeiro acusaís-me, e em seguida suspeitais da minha palavra porque me defendo. Que espécie de lógica de prepotentes é a vossa? Esta suspeita, de que vos servis de arma contra a minha credibilidade de acusado, deriva unicamente do facto vosso, do próprio facto da acusação: e é um círculo vicioso sob o ponto de vista da lógica, ó uma violência sob o ponto de vista da justiça, querendo estabelecer se a acnsação merece ou não merece fé, dizer ao acusado: Tu, cidadão, talvez digno de respeito para qualquer outro; não me mereces fé na tua defesa, porque eu te

declaro suspeito acusando-te. A minha acusação torna suspeitas as palavras que apresentares em tua defesa; tornando-se suspeita a tua palavra, prevalece a contrária da testemunha; prevalecendo a palavra da testemunha, a minha acusação é verdadeira, e tu és réu. Mas não vêdes em que se funda êste sofisma ? Naquela distinção enganadora, que desnorteia os promotores dos processos, entre a imputação *i* a acusação de um lado, e o testemunho único da outra. Mas a acusação, não é inútil repeti-lo, na hipótese de um único testemunho acusatório, não extrai o seu conteúdo senão do próprio testemunho que é único a acusar, e cujo valor se estuda; e contudo a acusação e o testemunho único são, emquanto à origem do seu conteúdo, uma só e idêntica coisa, em presença da razão; e o paralogismo precedente reduz se a êste mais simples: A acusação torna suspeita a tua palavra, logo a acusação é verdadeira; ou a êste outro: O testemunho contra ti, conquanto único, torna suspeita a tua palavra, logo o testemunho é verdadeiro. Isto não é senão provar a *verdade* da acusação ou do testemunho com o *facto* da própria acusação ou do próprio testemunho: o mesmo pelo mesmo. Precavei-vos, senhores, contra o sofisma! Êste tem sob a sua consciência mais vítimas que as que pode ter tido o mais afamado criminoso. Se êle podesse ser arrastado ao banco dos réus, sôbre quantos crimes não teria êle que responder, cometidos à sombra da lei, e sob a mascara da justiça!

II — O testemunho único pode ter por objecto a subjectividade do crime. O crime é objectivamente verificado; a testemunha diz: êste é o réu. Suponhamos que a testemunha não acrescenta nenhuma outra determinação à objectividade já verificada do crime; mas se lha tivesse acrescentado, não mudaria, para nós, o fundo da questão, que está na exclusiva indicação do réu.

Tanto neste segundo caso, como no primeiro que examinamos precedentemente, apresentam-se sempre duas únicas asserções, a da testemunha de um lado, e a do acusado de outro, e elidem-se pelas razões expostas a propósito da primeira hipótese. O testemunho, único a «designar o delinquente, não pode pro-

«luzir aquela certeza que é a base legítima da condenação, em vista de todos os argumentos anteriormente expostos, e que é conveniente recapitular aqui:

1.º porque o testemunho único, sendo a primeira e a única voz que se levanta contra o acusado, êle, perante a consciência esclarecida do magistrado judicante, apresenta-se antes como *enunciação*, do que como *prova* da criminalidade;

2.º porque esta primeira e única voz que se levanta contra o acusado, sendo aquela em que na realidade se funda a acção judicial para atacar o acusado, segue-se que a *enunciação* de criminalidade, contida no testemunho único constitui propriamente a *acusação real* contra o acusado; pondo de parte a acusação oficial, que não é senão a aceitação e a *proclamação formal e social* daquela acusação *real e individual*, que é o verdadeiro conteúdo do testemunho único.

Ora, sendo a testemunha única, na realidade, também um acusador, é estranho e contrário a todo o princípio de justiça conceder força prevalente de prova à sua palavra;

3.º porque o acusado está protegido pela presunção de inocência que reforça a fé na sua palavra, e a resguarda dos golpes do testemunho acusatório, enquanto não concorrem com êle outras provas;

4.º porque a *suspeita* que se pretende opôr ao acusado para desacreditar a sua credibilidade, não bá direito de lha opôr, derivando ela *daquele mesmo testemunho único* de que se pretende julgar o valor em face da afirmação contrária do acusado: para provar a verdade da acusação não pode alegar-se o *facto* da acusação, sem se cometer uma vergonhosa petição de princípios.

Finalmente, por uma consideração estranha à lógica das provas, e relativa à lógica do direito punitivo, mesmo admitindo-se uma certeza legítima fundada na palavra da única testemunha, esta certeza não poderia levar à condenação, sem contrariar os fins da pena. A pena deve sobretudo tranquilizar a sociedade; e a pena imposta sob a fé de uma única testemunha perturbaria, ao contrário, profundamente a consciência



social: não haveria quem não se julgasse poder ser, por sua vez, vítima de um malvado e astuto inimigo que se apresentasse a acusá-lo.

Resta-nos sòmente observar emquanto a esta segunda hipótese, isto é, à hipótese de que o delito tenha sido objectivamente verificado, e de que o testemunho se conserve *prova única* relativamente à designação do réu, resta-nos, dizia, observar que, do momento em que o crime se acha objectivamente verificado, se aquele que é designado pelo testemunho único é o verdadeiro réu, se apresentam quási sempre, pelas mesmas condições de tempo, de lugar e de modo de ser do crime verificado, provas indirectas contra éle, que, reúnindo-se ao testemunho acusatório, podem torná-lo superior à palavra negativa do acusado. Mas, nêste caso, querendo fazer valer estas provas indirectas para estabelecer a superioridade do testemunho único de terceiro contra o do acusado, é necessário, não só ser-se exigentíssimo sôbre as provas da objectividade criminosa, de modo que se desvançam as possibilidades de simulação e de casualidade do facto, mas é necessário também que as provas indirectas sejam de um certo valor, e avaliadas escrupulosamente, com tôdas as precauções.

Sempre que, portanto, a designação do acusado deriva do testemunho único, ainda que êste seja, sob o ponto de vista da lógica criminal, da maior credibilidade, não pode prevalecer sôbre a palavra contrária do acusado, de modo a produzir aquela certeza que é base legítima da condenação; não pode prevalecer se não deixa de ser *único como prova*; isto é, se não tem o auxílio de outras provas indirectas. E falo unicamente do concurso de provas *indirectas*, por isso que na hipótese de testemunho *único*, determinativo do delinqüente, emquanto ao mesmo objecto não pode haver, com éle, o concurso de outras provas que não sejam *reais*; e as provas *reais*, emquanto são indicativas da pessoa do delinqüente, não podem ser senão *indirectas*.

Repitamos, um testemunho de terceiro, único designativo do réu, não pode prevalecer, sôbre a palavra contrária do acusado, sem o auxílio de outras provas indirectas; e estas outras provas

indirectas, naturalmente, devem ser graves e avaliadas com tôda a circumspecção.

III—Tudo o que temos dito nos dois números precedentes, refere-se à hipótese de a *designação do argüido* derivar do tes-

temunho único. Tratemos agora da segunda hipótese: existe já um argüido por outras provas, e o testemunho único já não tem portanto por objecto, *como prova única*, a pessoa do acusado,] mas sim qualquer facto da acusação.

Nesta hipótese, tôdas as razões que apresentamos contra a prevalência do testemunho único, já não teera valor. Esta já não é a primeira voz que se ergue contra o acusado; não é êle que põe em movimento a acção judicial; não é êle, portanto, o acusador. O acusado, por outro lado, já não se encontra protegido pela presunção de inocência, a qual já se acha, pelo menos, paralisada. Nem mesmo pode invocar em seu favor a presunção de menor criminalidade, pois que esta presunção, sob o ponto de vista da verdade do facto, tem um fundamento oscilante aos sopros da dúvida; contrariamente à primeira que assenta sôbre uma base de granito.

Com efeito, quem há que pretenda pôr em dúvida que o *estado ordinário* dos homens é a inocência no sentido de não delinquirem, e que consequentemente a maioria dos homens não é delinqüente ? Os delinqüentes felizmente são apenas uma excepção na humanidade; uma excepção um pouco vasta, se quereis, mas sempre uma excepção: a regra é a não delinquência. Em tudo isto não há nada de filantropia, nem de retórica: há apenas exactidão ontológica na observação do *estado ordinário* dos homens, como exactidão lógica existe também na dedução da presunção de inocência, que se funda no conhecimento daquele *estado ordinário*.

Ao contrário, ser o estado ordinário dos réus a menor criminalidade, é pelo menos contestável, pois por tal forma as fortes e irracionais paixões que acompanham a criminalidade se manifestam inimigas da virtude dos espíritos tranqüilos, que sej chama moderação. Fundar teorias probatórias sôbre a presunção de menor criminalidade, é edificar sôbre fundamentos perigosos:

não pode, portanto, recorrer-se a ela, para fortalecer a credibilidade do acusado.

A presunção de inocência é uma verdade probatória, além de ser uma verdade jurídica; porquanto se funda na observação exacta dos factos. A presunção de menor criminalidade é, ao contrário, uma verdade jurídica, mas não já uma verdade probatória: é uma verdade jurídica, no sentido de que, não se verificando a maior criminalidade, não pode judicialmente reconhecer-se senão a menor criminalidade; não é uma verdade probatória, porquanto não é verdade, de facto, que o delinquente cometa ordinariamente o crime do modo menos criminoso possível.

Não há, pois, presunção alguma que faça realçar a fé na palavra do acusado.

E não é tudo: não sòmente o acusado não tem presunção alguma a favor da sua credibilidade, mas mesmo quando se suponha, como fizemos há pouco, que o acusado tenha já sido designado por outras provas, e que o testemunho único não faça mais do que juntar alguma coisa à acusação, a palavra do acusado, como tal, tem na realidade menos valor que a da testemunha, como tal; e isto porque o acusado é interessado na questão, e pelo seu interêsse pode ser arrastado à mentira. E neste caso, achamos legítimo suspeitar-se da palavra do acusado, suspeita que anteriormente temos combatido; e todos veem a razão. Neste caso, se se opõe ao acusado o seu interêsse na afirmação, e consequentemente a suspeita de mentira, há direito para isso, porque aquela suspeita não deriva *do próprio facto do tes-*

*temunho único* que se quer fazer valer contra êle, mas sim de *outras provas* que já o designaram como réu. Portanto, de um lado, há direito para suspeitar das palavras do acusado, que se encontra atingido por outras provas, e por outro, não há uma presunção poderosa para combater esta suspeita. Deriva daqui, portanto, a inferioridade da palavra do acusado, em face da palavra da testemunha única; o juiz por isso pode legitimamente fundar a sua certeza sôbre as palavras da testemunha única.

Até aqui, atendemos ao limite probatório derivado da singularidade, unicamente em relação ao testemunho de terceiro;

mas dissemos já que êste limite se fixa também tanto pelo que respeita ao testemunho do ofendido, como ao do acusado. Digamos ainda uma palavra sôbre o assunto.

Relativamente ao testemunho do ofendido, compreende-se facilmente que a lógica criminal, pelas mesmas razões expostas a propósito do testemunho de terceiro, não pode levar senão a conclusões idênticas: o testemunho do ofendido, enquanto é o único indicativo do delinqüente, não pode prevalecer sôbre a afirmação contrária do acusado.

Êste preceito probatório aplicado ao testemunho do ofendido, se bem que tenha como razões justificativas aquelas mesmas que expusemos a propósito do testemunho de terceiro, pode, contudo, encontrar-se em dificuldades práticas, e em objecções, que é necessário prevenir. Dissemos já que uma têtemunba pode ser a única prova indicativa do delinqüente, tanto na hipótese de ela ser a única prova do delinqüente e do delito, como na hipótese de ela ser a prova única do delinqüente, sendo o delito verificado por outras provas.

Ora quanto à primeira hipótese, não há dificuldades: quando um pretendido ofendido se apresenta em juízo a acusar um pretendido delinqüente de um pretendido crime, sem o auxílio de prova alguma, compreende-se facilmente que não possa dar-se um valor prevalente às suas palavras, sem pôr em perigo a tranquillidade de todo o cidadão honesto. Mas é na segunda hipótese que pode surgir dificuldade em admitir a nossa regra probatória; isto é, quando o testemunho do ofendido só é prova única relativamente à determinação do delinqüente, ao passo que o delito, objectivamente, é verificado por outros meios. Admitido o crime, dir-se há, o interêsse do ofendido será sempre designar o verdadeiro delinqüente: porque, pois, duvidar da sua palavra? Quereis, dir-se há, assegurar a impunidade ao delinqüente, só porque êle não foi visto senão pelo ofendido? Ticio passeia por um bosque solitário; encontra-se com Caio, que o agride e fere: Ticio apresenta-se imediatamente a uma autoridade judiciária, e, mostrando os seus ferimentos ainda escorrendo sangue, diz: foi Caio que me feriu, em tal sítio, a tal hora, com tal arma. Pois bem,

as palavras do ofendido não valerão de nada para fazer com que o agressor seja punido, só porque não há outras vozes que se unam à sua ? O delinqüente conservar-se há impune ? Porque não deve acreditar-se em Ticio, em êle ter visto o que viu e sofreu? Não é isto uma deplorável negação de justiça?

Estas objecções, que, ao primeiro aspecto, parecem formidáveis, desfazem-se fâcilmente perante uma dupla ordem de considerações.

Em primeiro lugar, estas objecções tiram a sua fôrça de uma presunção que nem sempre é verdadeira. Partem da presunção de que a pessoa designada como delinqüente pelo ofendido, seja o verdadeiro delinqüente, quando isso pode perfeitamente não ser assim, e é precisamente isto que nós dizemos que se não acha suficientemente provado que seja assim, sòmente pela autoridade única da afirmação do ofendido.

Mas, dir-nos hão, vós supondes verificado por outros meios o delito; e por isso, admitido o delito, é sempre interêsse do ofendido dirigir a acusação contra o verdadeiro delinqüente. Vamos de vagar: quando falamos de delito verificado objectivamente, isto não deve ser tomado em um sentido absoluto. Muitas vezes a objectividade, que se tem como verificada, do crime não é senão a *materialidade verificada de um crime possível*; materialidade verificada, que pode até ser obra da simulação ou do acaso.

Ticio, de noite, deposita na presença de algumas pessoas, valores e um cofre; depois, dolosamente, rouba êstes valores, fôrça a fechadura do cofre, e vai, de manhã, apresentar a sua queixa de roubo contra Caio, dizendo tê-lo visto quando, de noite, tendo-se introduzido em sua casa, fôrçava aquele cofre, e roubava aquêles valores, e ter fingido estar dormindo, por mêdo, tendo-o visto armado. Vai-se a casa do pretendido roubado, e encontra-se o cofre arrombado; as têtemunhas afirmam a verdade dos valores aí depositados, e verifica-se ao mesmo tempo o seu posterior desaparecimento. O roubo é materialmente verificado, mas esta materialidade é obra da simulação do ofendido; quer na esperança de lucrar com uma reparação dos prejuízo»

sofridos; quer para se eximir a uma obrigação, tratando-se, suponhamos, de uma soma recebida em depósito; quer por ódio contra Caio, ou seja por qualquer outra razão.

Mas, à parte o caso da simulação, a materialidade verificada, que se supõe criminosa, pode também ser obra do acaso, ou de um delinqüente desconhecido; e Ticio, parte de boa fé, e parte dolorosamente, acusa dêle Gaio. Suponhamos que Ticio, dormindo no quarto de uma hospedaria com Gaio, não encontra de manhã uma moeda de ouro que deixara em um certo lugar. Convencido de que o ladrão não pode ter sido senão Caio, apre-senta-se em juízo a-acusá-lo; e para dar maior pêsso às suas palavras, diz tê-lo visto furtando a moeda, e ter fingido dormir, por medo, conhecendo-o capaz de tudo, e muito mais forte que êle. A moeda foi, na verdade, furtada por um criado que penetrou no quarto enquanto ambos dormiam; ou então foi uma pêga que penetrou naquele quarto e furtou a moeda: o facto da pêga ladra, pela qual uma pobre criada morreu sôbre o patíbulo, é tão célebre que não é necessário recordá-lo.

Passemos a um outro aspecto do crime. Ticio, manejando uma arma, fere-se casualmente; pensa em aproveitar-se dêste acontecimento para desabafar o seu ódio contra Caio, ou para especular com êle; faz verificar a sua ferida, e acusa como seu autor o pobre Caio inocente. Ou então hipótese mais difícil, mas nem por isso impossível; Ticio fere-se levemente de propósito afim de desafogar o seu ódio ferrado contra Caio, com quem bulhou, acusando-o de agressão e de ferimentos.

Mas, dizer-se há também, a materialidade criminosa verificada nem sempre pode dar lugar a equívocos, nem sempre pode ser obra da simulação ou do acaso; e nesta hipótese, a voz do ofendido deveria bastar para determinar a pessoa do delinqüente. Assim, suponhamos que no momento em que Ticio se feria com a explosão de uma arma de fogo, esta explosão tivesse sido observada também por uma terceira testemunha, que no entanto diz não ter distinguido a pessoa do agressor, pessoa que não é, portanto, determinada senão pela palavra do ferido, que diz tê-la perfeitamente reconhecido como sendo a de Caio. Nesta hipótese, o

crime acha-se materialmente verificado por uma forma inconteste; o ferimento de Tício, verificado directamente nêle, é afirmado como proveniente de uma acção criminosa, não só pelo testemunho do ofendido, mas também pela declaração de um terceiro: não é já possível haver simulação ou casualidade.

Sim, mas enquanto à determinação do delinquente mantém-se o erro, que é sempre possível insinuar-se no espírito do ofendido. No momento da acção criminosa, ou imediatamente depois, sob a perturbação natural produzida por uma violência contra a pessoa, ou em geral por uma agressão aos seus direitos, o ofendido nem sempre tem a ocasião e a calma suficientes para observar bem a pessoa do delinquente: uma semelhança de figura ou de vestuário pode fazê-lo cair facilmente em erro.

Resumindo, estas nossas primeiras considerações miram a uma só coisa: a concluir que, atendendo mesmo a que a admissão da nossa regra pode conduzir à *absolvição de um culpado*, o facto de a não admitir conduzir também evidentemente à possibilidade de *condenar um inocente*. Ora do mesmo modo que, quando não é possível o bem absoluto necessário que nos contentemos com o mal menor, e do mesmo modo que o mal, que se encontra na *absolvição do réu* é muito menor que o que deriva da *condenação de um inocente*, o que demonstramos em outra parte, segue-se daqui, portanto, que é necessário admitir a nossa regra para evitar o mal maior da condenação de um inocente, admitindo mesmo que se vá de encontro ao possível mal menor da absolvição de um culpado <sup>1</sup>.

E agora, passemos á nossa segunda ordem de considerações, que reduzem quasi a nada também esta possibilidade de que o

<sup>1</sup> Absolvendo um culpado não se produz senão um *perigo* para a sociedade; ao passo que condenando um inocente produz-se não só um *mal certo e positivo* para o individuo: o sofrimento injusto da pena; mas produzem-se ainda *dois perigos* para a sociedade: o perigo de animar o verdadeiro culpado que ficou impune, e o perigo que cai sobre cada um de ser, por sua vez, vítima de um erro judiciário. Veja-se Carrara, *Programa*, § 817, nota.

ofendido, quando determina a pessoa do delinqüente, não deve ter eficácia prevalente em juízo penal, supomos, já o dissemos, que êste testemunho é único como prova, considerando entre as provas também as provas indirectas; por outros têrmos, supomos que o testemunho do ofendido não tem o apoio sequer de uma prova indirecta. Basta, portanto, o concurso de um simples indício para fazer com que o testemunho do ofendido não deva já considerar-se único, e possa por isso prevalecer. Ora, pôsto isto, se se considerar a hipótese de um crime real, de que se indicou como autor o verdadeiro delinqüente, persuadir--vos heis logo de que difficilmente pode faltar o concurso acusador de indícios graves. Suponhamos o caso que pusemos na bôca dos nossos adversários: suponhamos que Ticio é agredido e ferido por Gaio, no canto solitário de um bosque. Pois bem, haverá sempre uma infinidade de indícios que surgirão do verdadeiro delinqüente em relação a um crime efectivo. Haverá sempre alguém que tenha visto Ticio tomar o caminho do bosque, ou alguém que o tenha visto voltar, e provavelmente com ares de perturbação. Se o ferimento foi produzido por um tiro, esta arma deve ter-se visto em poder dêle antes do crime; e em seguida ao crime, por meio das investigações imediatas, poder-se há verificar a recente explosão. Se o ferimento teve lugar com arma branca, encontrar-se há junto dêle ou em sua casa esta arma, correspondente ao ferimento; ou então, se êle a arremessou para longe apenas consumado o crime, poder-se há talvez achá-la, e verificar que lhe pertencia. Dirigindo-se a investigação contra o verdadeiro delinqüente, poder-se há talvez verificar a fuga dêste, ou a sua perturbação na presença dos guardas.

Portanto, admitida a verdade do delito e do delinqüente, surgindo, da relação entre êste e aquele, a possibilidade de mil indícios, haverá sempre na realidade indícios graves que, associando-se ao testemunho do ofendido, concorrerão para lhe dar capacidade de prevalência sôbre a escusa contrária. A hipótese, portanto, de que, negando eficácia prevalente ao testemunho do



ofendido, como único meio designador do delinqüente, se possa vir a cair na impunidade do culpado, é uma hipótese mais teórica que prática, e não nos deve alarmar.

Mantenhamos, por isso, a regra probatória acima exposta, considerando-a como fundada em critérios exactos de lógica criminal: esta regra não tem senão uma justificação a mais quanto ao ofendido, sendo êste uma testemunha interessada na causa.

Emquanto ao testemunho do acusado, é necessário principiar por observar que a ineficácia probatória, derivada de ser singular, se afirma também quanto a ela, mas em condições diversas das dos dois testemunhos precedentes. Quanto ao testemunho de terceiro e quanto ao do ofendido, para negar a sua eficácia probatória, parte-se da hipótese da sua contradição com o testemunho do acusado; ao passo que, ao contrário, quanto ao tes-

temunho do acusado, se lhe nega a eficácia probatória, mesmo não a supondo contraditada por qualquer outro testemunho. Relativamente ao acusado, o problema é o seguinte: dada uma confissão que seja a única prova da criminalidade do acusado, poderá ela produzir certeza legítima no espírito do juiz, autorizando-o a proferir uma condenação? Também quanto a êste problema tem importância, se bem que por razões diversas, a distinção estabelecida por nós anteriormente a propósito do testemunho de terceiro: é necessário distinguir o caso de a confissão ser a única prova designadora da imputabilidade pessoal do que confessa, do caso de se ter provado por outros meios ser culpado, aquele que confessa, e a confissão não fazer mais do que juntar alguma coisa mais à sua imputação.

No primeiro caso, quando não existe senão a confissão que determina o procedimento e a possibilidade da pena contra o que confessa, a espontaneidade, o facto de ser espontânea a prova única desta acusação contra si mesmo, torna gigantescas tôdas as suspeitas de mentira que se acham unicamente inerentes à confissão. Quem se encontra *sub judice* simplesmente pela sua própria palavra, quem podendo mesmo destruir o valor decisivo desta sua palavra por meio de uma retratação não o tenta, e continua a afirmar-se culpado, se por um lado faz supôr um pode-

roso interesse pessoal em fazer-se passar como culpado, originando uma legítima suspeita de mentira, por outro, correndo voluntà-

riament

e ao encontro da pena, mostra achar-se reassegurada a ordem moral no seu espírito, ou mostra pelo menos a inutilidade da pena, atenuando a necessidade de exercer aquele direito de punir, que se inspira na necessidade social de restabelecer a tranquilidade perturbada pelo delito. Sempre que, portanto, a confissão é a única prova da criminalidade do acusado, não pode ela, em caso algum, inspirar a certeza no espírito do juiz.

No segundo caso, pois, desde que quem confessa já se acha designado como réu por outras provas, e a sua confissão não vem senão juntar alguma coisa à acusação, afirmando, suponhamos, a mais, uma circunstância agravante, neste segundo caso não tem razão de ser todas as suspeitas de mentira, que surgem no primeiro; a veracidade de quem confessa, verificada por meio de outras provas, fará realçar a sua fé, mesmo quanto àquela parte da confissão que constitui a única prova da criminalidade.

## CAPÍTULO VIII Limite probatório

### derivado do corpo de delito

Para se obter um conceito exacto de como o testemunho, quando serve para provar o corpo de delito, tem um limite particular de força probatória, é necessário principiar por obter uma noção exacta do que se entende por *corpo de delito*. Desta noção ocupar-nos hemos em particular quando falarmos da *prova material*; e por isso remeto para essa parte do livro para maiores desenvolvimentos, contentando-nos aqui em mencionar esta noção como premissa necessária à solução do problema que queremos examinar.

Em primeiro lugar, falando de corpo de delito, entendemos falar-se d'ele no sentido em que é geralmente tomado pela escola do fôro; isto é, entende-se falar de corpo de delito, emquanto consiste em *factos materiais permanentes*. E, portanto, falando

aqui do limite probatório derivado, quanto à testemunha, do corpo de delito, entendemos referirmos aos factos permanentes, e não já aos factos transitórios. Enquanto a estes últimos, entende-se que sendo eles passageiros, não pode em regra obter-se a sua certeza, senão pela recordação que deles ficou na consciência das testemunhas que por acaso os perceberam. O testemunho ordinário é consequentemente a espécie natural de prova dos factos de natureza transitória; e por isso o testemunho, enquanto a este respeito, não pode ter limite probatório algum.

Mas dizer que falando nós aqui de corpo de delito entendemos falar unicamente das materialidades permanentes em que o delito se exterioriza, não basta para a clara determinação do assunto. Nem todas as materialidades extrínsecas e permanentes que se relacionam com o delito constituem corpo de delito; constituem corpo de delito unicamente as materialidades, que figuram como *meios imediatos*, ou como *efeitos imediatos*, da *consumação* do crime. Portanto, para determinar exacta e claramente o que é corpo de delito em sentido próprio, é necessário dizer que ele consiste nos meios materiais *imediatos* e nos efeitos materiais *imediatos* da consumação do delito, quando são permanentes. Assente esta noção determinada, cujo desenvolvimento se poderá ler em lugar próprio, é conveniente em seguida referir rapidamente as várias espécies em que pode concretizar-se o corpo de delito, para se ver relativamente a qual destas espécies se põe logicamente em dúvida a suficiência probatória do testemunho.

As espécies em que pode classificar-se o corpo de delito, são quatro: três derivadas da consideração dos efeitos imediatos do delito, e uma da dos seus meios imediatos.

Eis aqui as três espécies constitutivas do corpo de delito, como *efeito* material imediato:

1.º O *Jacto material*, permanente, em que objectivamente se concretiza a própria consumação do crime. Por exemplo: a moeda falsificada e as notas falsificadas, no crime de moeda falsa; o escrito falsificado, no crime de falsificação de documento público; o escrito injurioso, no libelo difamatório; o cadáver, nos homicídios; as feridas nas lesões físicas;

2.º Os *vestígios acidentais* e permanentes do crime, não constitutivos de elemento criminoso, mas que são *consequência* imediata, ainda que simplesmente ocasional, da consumação do crime ou do crime consumado. Assim, os vestígios deixados sobre as coisas circunvizinhas, na consumação do crime, como móveis quebrados durante a luta, como as pegadas dos passos na luta, ou na perpetração do roubo e de outros crimes, como roupas do réu no local da consumação, e roupas da vítima sobre o réu ou era sua casa;

3.º Os *factos materiais permanentes que encarnem o prosseguimento do Jacto criminoso*; prosseguimento criminoso que consiste em conservar vivos os efeitos do crime já consumado,, prosseguindo a acção sobre o sujeito passivo do crime. Assim, a pessoa ainda presa, no cárcere privado em geral; assim, a coisa roubada, no furto próprio ou impróprio.

A estas três espécies que expozemos, constitutivas, como *efeito*, do corpo de delito, reúne-se uma quarta espécie constitutiva do corpo de delito como *meio*:

4.º E *meio* constitutivo do corpo de delito, toda a materialidade permanente e criminoso que serviu imediata e efectivamente à consumação do crime.

Esta materialidade que serviu de meio ao crime, pode ser de duas espécies: *activa*, ou *passiva*. Pode a materialidade considerar-se como meio do delito, enquanto serviu como instrumento activo nas mãos do delinquent, como o punhal que servia para o assassinio ou para o ferimento, como a corda que serviu para o estrangulamento, e como a escada ou a chave falsa que serviram para o roubo; e pode também uma dada materialidade considerar-se como meio criminoso,- não enquanto foi sujeito da acção criminosa, mas enquanto foi seu objecto, isto é, enquanto sofreu modificações conducentes ao crime, como no caso de arrombamento no roubo, como no caso de vestígios pessoais da violência exercida para alcançar a consumação do crime, e como, em geral, no caso de circunstâncias agravantes que consistem em raaterialidades permanentes, que não são consequência do crime.

Em parêntesis, os factos materiais que não são consequência do crime (e que por isso não constituem o facto mais ou menos parcial) não podem agravá-lo senão quando se lhe refiram como o meio ao fim; e entram, por isso, todos, sob a categoria dos meios imediatos, activos ou passivos, sob que se compreende todo o elemento criminoso precursor da consumação; pois que no delito não há como meta senão a consumação, e tudo o mais como caminho para chegar a ela; ou o delito se consuma, ou trabalha-se para tornar possível a sua consumação.

Eis, pois, mencionadas as quatro espécies em que se classifica o corpo de delito. Ora, relativamente a quais destas espécies surge o problema da limitação probatória do testemunho? Começemos pelo exame da última, subindo daí para a primeira. Relativamente à quarta espécie, à materialidade permanente, constitutiva do corpo de delito como meio, é necessário que ela seja apreciada com dois critérios diversos, segundo constitui meio activo ou passivo do crime.

Principiando pela materialidade constitutiva do meio activo é necessário observar que ela não aparece como meio de delito, senão enquanto é percebida juntamente com a acção criminosa, que a dirige ao delito. Esta materialidade, do momento em que se destaca da acção criminosa, perde o seu cunho individual de meio, e entra de novo na grande multidão das outras materialidades congêneres, inofensivas, casuais, ou simuladas, quando não seja imediatamente suprimida, quer ocultando-a, quer destruindo-a. Esta materialidade activa conserva a sua significação unívoca individual de meio criminoso, somente enquanto se acha ligada à acção. Ora, sendo a acção humana transitória, segue-se que da função de meio exercida por uma materialidade *particular*, não pode ficar vestígio permanente e unívoco, senão na memória das pessoas, que eventualmente foram espectadoras do seu emprêgo criminoso em particular; as mesmas modificações permanentes, que eventualmente se conservaram sobre as coisas, devido ao uso particular de um dado meio, não são sempre unívocas, nem o são absolutamente, quando o indicam *individualmente*. O testemunho ordinário é, portanto, a prova natural e

normal, destinada pela natureza das coisas a verificar a materialidade activa permanente, quando esta servia de meio ao crime, coisa em que está a sua importância. Consequentemente, o teste-

munh  
o sendo a prova normal e natural desta subespécie de corpo de delito, relativamente à sua verificação, não pode ter limitação alguma probatória: o testemunho tem, relativamente à verificação da materialidade activa constitutiva do corpo de delito como meio, toda a sua eficácia, de que é normalmente capaz em relação a qualquer outro objecto a provar.

Já assim não é quanto à materialidade—meio, que é *objecto* da acção criminosa. Às modificações permanentes das coisas são, normalmente, sempre perceptíveis em si mesmas, na sua natureza de alterações materiais produzidas; e por isso para a materialidade passiva, quando se queiram avaliar as suas passividades permanentes, pondo-as a cargo do acusado, não basta o testemu-

nho  
ordinário; é necessário que as modificações materiais e permanentes que se dizem ter sido produzidas sobre as coisas, sejam, quando a sua natureza o permita, e isto é normalmente possível, verificadas judicialmente, ou quasi-judicialmente, por todas as razões que teremos melhor ocasião de tratar dentro em pouco. Se a Ticio se imputa um furto com a agravante de arrombamento de uma fechadura, não basta que o arrombamento seja afirmado por testemunhas ordinárias; é necessário, quando isso seja normalmente possível, que tenha sido verificado por testemunhas oficiais competentes, quando o não tenha sido pelo próprio juiz que deve proferir a sentença. Mas desenvolveremos melhor este assunto dentro em pouco.

Se, continuando, atendermos à terceira espécie de corpo de delito, isto é, aos factos permanentes em que se encarna a execução criminosa, vê-se claramente que eles consistem no prosseguimento da acção do réu sobre o sujeito passivo do crime, quando este sujeito passivo caiu sob a sua livre e secreta disposição. Ora, entende-se por isso facilmente, que não será por certo o réu que submeterá a sequência de seus actos criminosos às verificações judiciais ou quasi-judiciais; não será por certo o réu que participará à autoridade judiciária a posse subsequente da

coisa roubada no furto, a posse subsequente da pessoa sequestrada no cárcere privado. Ele, em seu interesse, procurará por todos os meios possíveis ocultar os vestígios do crime, o que lhe será fácil, pois que tratando-se da sua acção sobre uma coisa ou sobre uma pessoa, que, nesta espécie de crimes que foram denominados *sucessivos*, se supõem já ter entrado na sua posse particular e livre. À mínima suspeita judicial, êle interromperá desde logo a continuação da sua posse. Única e excepcionalmente, por surpresa, é que êstes factos podem cair sob as verificações oficiais; êles só são moralmente colhidos pela percepção de testemunhas particulares, que eventualmente os perceberam. O testemunha ordinário conquanto seja a prova natural dêstes factos, não é contudo prova suficiente. Emquanto, pois, aos crimes que admitem sob o seu sujeito passivo a sequência da acção criminosa, e que foram chamados pelos antigos *sucessivos*, para os distinguir dos outros que chamaram *instantâneos*, quanto a êsses o testemunha não tem limite na prova do corpo de delito.

Se, continuando ainda, passarmos a considerar a segunda espécie de corpo de delito, que designamos com a denominação de vestígios eventuais e permanentes, mesmo quanto a sua verificação, não há razão alguma para que o testemunho ordinário seja julgado como prova insuficiente. Trata-se de vestígios eventuais, de vestígios que podem existir ou não, sem que com isso mude a essência do facto e a gravidade do crime: êstes vestígios eventuais não representam mais do que argumentos probatórios extraídos das coisas, e não há razão para que o testemunho ordinário não seja prova suficiente para os demonstrar. Nem mesmo a esta espécie de corpo de delito se refere, pois, a limitação probatória do testemunho.

Sé nos resta agora estudar a primeira espécie de corpo de delito. Mas antes de passarmos a êste estudo, julgamos oportuno fazer uma observação explicativa, necessária para que não surjam êrros do que temos dito. Sempre que afirmamos a suficiência probatória do testemunho ordinário, não entendemos contudo afirmar, na espécie, a *inutilidade* do testemunho oficial, ou do exame judiciário. Entendemos unicamente dizer que, não havendo,

na espécie, melhor modo de verificar, o testemunho ordinário deve considerar-se como prova suficiente. Entendemos dizer que não é necessário explicar como e porque, no caso concreto, a verificação superior não pode obter-se, não é necessário explicar como e porque, no caso particular, as materialidades permanentes desapareceram, tornando-se, assim, impossíveis de verificar oficialmente: basta simplesmente que não possa obter-se a verificação oficial, para que se deva considerar como suficiente o testemunho ordinário. Isto, contudo, não impede que, sempre que se trate de verificações importantes num determinado julgamento, e que possa obter-se uma verificação mais perfeita, seja bom contentar-nos com uma verificação menos perfeita.

E necessário não esquecer um princípio probatório exposto por nós ao falarmos da prova em geral; é necessário não esquecer o princípio da melhor prova, segundo o qual, sempre que no caso particular e concreto se pode obter uma prova superior relativamente a um facto importante para o julgamento penal, é necessário recorrer a ela, e não se contentar com a prova inferior.

Pôsto isto, passemos ao exame da primeira espécie de corpo de delito.

O facto material e permanente, em que se concretiza objectivamente o corpo de delito, não é uma materialidade indiferente ao delito, que pode existir ou não; é uma materialidade sem a qual não pode haver o delito: sem o cadáver, não pode haver o crime de homicídio; sem a moeda ou nota falsa não pode haver o crime de falsificação de moeda. Ora, para esta espécie de corpo de delito, que, constituindo a *essência de facto* do crime, pode especificar-se com a designação de corpo *essencial* de delito, a lógica das coisas obriga-nos a afirmar a insuficiência do testemunho ordinário.

Diz-se ter-se morto um homem; várias testemunhas afirmam tê-lo visto cair morto; mas o cadáver, sem que se tenha explicado o seu desaparecimento, não se encontra, e não é por isso oficialmente constatado. Poder-se há admitir a sua existência, sob a simples fé das testemunhas ordinárias? Somos de parecer que não.



Pelo princípio, anteriormente recordado, da melhor prova,<sup>1</sup> todo o facto, que tenha importância para o julgamento penal, deve ser provado com a melhor prova de que, por sua natureza, é normalmente capaz. Ora, o facto material e permanente de que falamos, pode normalmente provar-se por meio de verificações oficiais; e consequentemente a prova natural deste corpo de delito, enquanto se não explique o como e o porque do desaparecimento, deve ser tomada como sendo a verificação oficial, judiciária ou quasi-judiciária, conforme os casos.

Há factos materiais apresentáveis em juízo, como a moeda falsa, como a letra falsificada. Pois bem, nunca poderá dizer-se suficientemente verificado este corpo de delito, se a materialidade em que ele se concretiza se não apresenta em juízo: é o caso da verificação judicial. Não basta que se apresentem testemunhas ordinárias, ou mesmo oficiais, a atestar a existência precedente da letra falsificada, para se poder admitir a sua existência, sem que possa explicar-se o seu posterior desaparecimento.

Há factos materiais que se não podem apresentar no julgamento público, por motivos materiais, ou por razões morais, como a causa de incêndio, ou o corpo da rapariga estuprada. Pois bem, nestes casos, podendo estas materialidades ser verificadas quasi-judiciariamente por meio de testemunhas oficiais, e por peritos, segundo as exigências dos casos, nunca poderão considerar-se como suficientemente verificados sem a sua intervenção. Para tais verificações, nunca bastarão os simples teste-

munh os ordinários, a não ser que se tenha demonstrado a razão do desaparecimento, e portanto da consequente impossibilidade da verificação oficial do corpo de delito. Dissemos já em outro lugar porque é que, para a verificação do corpo de delito, a prova quasi-judiciária, isto é, a que resulta de testemunhos oficiais competentes, se considera como equivalente à prova judiciária <sup>1</sup>. Ora, isto dá-se precisamente no que respeita ao corpo de delito que se não pode apresentar em

<sup>1</sup> Cap. iv: Têstemunho de terceiro.

juízo. Enquanto ao corpo de delito que pode apresentar-se em juízo, entende-se que, do momento em que um oficial público chega à sua verificação, ele deve acautelá-lo, para poder ser apresentado à directa percepção do juiz dos debates, provendo assim à melhor produção das provas, que é uma obrigação que não pode de modo algum desprezar-se em uma matéria tão importante: eis porque relativamente ao corpo de delito susceptível de ser apresentado em juízo, nem mesmo o testemunho oficial, sem uma razão particular que explique o seu desaparecimento, é considerado como prova suficiente. Quando o corpo do delito afirmado, apresentável em juízo e confirmado pelo julgamento, sem que se saiba o porque, não se encontra na realidade, esta sua falta constitui uma prova real contra as provas pessoais, ainda mesmo sendo oficiais, que eventualmente afirmam a sua existência.

A verificação quási-judicial deve, pois, reputar-se, em geral, como equivalente à judicial somente enquanto ao corpo de delito-que se não pode apresentar em juízo. Mas também, quanto a esta última hipótese, não é inútil observar que no caso de surgirem dúvidas, ou de ser necessário esclarecimentos, é conveniente não nos contentarmos com o testemunho oficial e recorrer, quando possível e oportuno, à percepção directa dos próprios juízos determinantes, recorrendo, quando seja caso disso, ao exame do Tribunal no local do crime; como no caso de um edifício incendiado, quando surja dúvida sobre o estado do edifício e sobre o modo como o fogo se ateou.

Voltando à primeira afirmação, o testemunho ordinário não é prova suficiente da materialidade permanente em que se concretiza a consumação do crime, ainda quando se trate de materialidade susceptível de ser ou não apresentável em juízo, *sempre que se não tenha justificado o seu desaparecimento e a consequente impossibilidade de obter melhor prova*. Ainda que sejam muitas as testemunhas ordinárias que venham afirmar ter percebido em um dado momento aquela materialidade sem a qual o delito não existiria, e que constitui o corpo essencial do delito; sejam embora muitas, mas se no entanto este corpo de delito já



se Dão encontra, a falta dêste corpo de delito, que por sua natureza deveria ainda subsistir, faz logicamente duvidar da veracidade ou da exacta percepção das testemunhas. Sejam mesmo muitas as testemunhas que afirmam ter visto cair morto Tício; pois bem, se o cadáver se não encontra, e se se não explica o seu desaparecimento, mais alto que a voz das pessoas soará a voz das coisas; a ausência do cadáver é uma prova real que tira a fé à prova em contrário das testemunhas. E esta voz das coisas tem tido por mais de uma vez razão contra a voz dos homens, em processos crimes; e tem-se visto ressuscitar os indivíduos que se julgavam mortos, para mostrar o êrro das testemunhas e dos juizes. Mas, infelizmente, então havia já um morto que não mais ressuscitava: o pobre condenado, morto legalmente, e em seguida a tôdas as verificações oficiais possíveis!

Não pretendo fazer pompa de fácil erudição; mas seria fácil impressionar o leitor, com a história dos êrros judiciais em que se tem incorrido, por se terem contentado com o simples testemunho ordinário para a verificação do corpo êssencial do delito.

Não convém, pois, como faz um valioso escritor de crítica criminal, fazer a objecção de que, se o testemunho ordinário tem valor sem restrições para dar a certeza em crimes de facto transitório, deve valer também em crimes de facto permanente.

Não quer isto dizer que num caso como no outro se atribua valor diverso ao testemunho ordinário, por razões a êle subjectivamente inerentes, ora julgando-o valioso só por si sem restrições para dar a certeza, e ora não. A diferença nos dois casos não deriva da consideração da *prova*, mas da consideração daquilo que se prova. O testemunho tem sempre, também para nós, o mesmo valor, considerado em si mesmo: mas relativamente aos crimes de facto transitório, é êle a prova natural que legitimamente pode atender-se, e, ao contrário, relativamente ao facto material, êssencial nos crimes de facto permanente, deve legitimamente considerar-se uma prova melhor; relativamente aos crimes de facto transitório, o valor do testemunho ordinário não tem motivos infirmativos derivados da consideração da coisa provada, ao passo que relativamente ao facto material, êssencial nos

«crimes de facto permanente, o seu valor é combatido por um motivo infirmativo gravíssimo, isto é, pela ausência daquela materialidade permanente, que pela sua natureza deveria ainda subsistir. Em vista destas considerações objectivas conclui-se, portanto, que no primeiro caso o testemunho ordinário pode levar à certeza, não havendo contradição; no segundo, não, havendo sempre um motivo gravíssimo em contrário: e isto tem valor tanto para o testemunho de terceiro como para o do ofendido e do próprio arguido, como afirmamos ao tratar respectivamente destes assuntos. E necessário não esquecer, que, conquanto a certeza seja humana, devido à nossa imperfeição, nunca se acha absolutamente isenta da possibilidade de erros, mas que a limitação da esfera destes erros é precisamente o objecto da ciência e da prática criminal.

Nos crimes de facto transeúnte não pode obter-se normalmente senão um testemunho ordinário, e para este não há motivos contrários à sua credibilidade, provenientes da consideração do que se prova: a lógica das coisas obriga-nos a contentar-nos com êle. Mas nos crimes de facto permanente não podemos contentar-nos com êle, quando a lógica nos diz que normalmente deve existir nêles alguma coisa melhor que o testemunho ordinário; quando a lógica nos diz que deve aí existir um facto material permanente, que pode ser normalmente verificado em si mesmo, e em que se objectivou o crime. Quando falta este facto, pela sua natureza permanente, o espírito do juiz, não obstante a afirmação das testemunhas, deve deter-se receoso. Por que os condenaria êle? Pela *hipótese* da ocultação, ou da destruição. E parecer-vos há uma boa e sólida base para a certeza, e consequentemente para a condenação, uma simples hipótese ? Dever--se-ia pelo menos provar o facto da ocultação ou da destruição, para se ter legítima certeza. Quando falta o corpo de delito, em que se concretiza a objectividade do crime, para pronunciar uma condenação sob simples testemunhos ordinários que afirmam a sua existência anterior, é necessário, portanto, que se explique também o seu posterior desaparecimento; é necessário que se tenha verificado também a ocultação ou a destruição do corpo

de delito por parte do delinqüente ou de outrem, ou então a sua destruição ou o seu desaparecimento por motivos inerentes à sua natureza, ou à natureza do ambiente em que êle se encontrava. Só neste caso, se justificará a certeza sobre que se baseie a condenação. E se ainda, em seguida a tudo isto, se cair em êrro, êste êrro não poderá atribuir-se à falta de atenção dos juizes, mas à nossa imperfeição comum.

O que temos dito relativamente à primeira espécie do corpo-de delito, que consiste no *facto* material, aplica-se também à materialidade *passiva* e permanente que serve de meio ao crime; e a cujo respeito já falamos, como sendo uma subespécie da materialidade destinada a servir de meio ao crime. Quando em uma imputação se quer tomar em conta uma *materialidade passiva* e permanente, quando, suponhamos, se quer atribuir a um indivíduo acusado de roubo o *facto* do arrombamento, é necessário que esta materialidade em geral, ou êste arrombamento em especial, que é normalmente verificado por um meio oficial, tenha sido realmente verificado por esta forma. Não basta terem vindo têtemunhas ordinárias afirmar a materialidade agravante de um arrombamento, para que ela seja legitimamente admitida.

Mas se o arrombamento desapareceu, e não pode por conseguinte verificar-se oficialmente?

É necessário, então, antes de prestar plena fê às têtemunhas que o afirmam, tomar conhecimento do desaparecimento de uma tal materialidade passiva, que deveria, por sua natureza, subsistir: o testemunho ordinário não pode ser reputado como prova suficiente do arrombamento já insusceptível de se verificar, quando não se prove a causa razoável do seu desaparecimento.

## CAPÍTULO IX Limite probatório

derivado das regras civis de prova

Falando de prova em geral, vimos como e porque é que o sistema probatório civil difere do sistema probatório penal, pela diferença dos fins: as provas civis miram a estabelecer a verdade *formal*, ao passo que as provas penais miram à determinação da verdade *substancial*. Vimos também, como primeira consequência de tudo isto, que em matéria de prova se é mais exigente em matéria criminal que em matéria cível, e por isso o campo das provas penais é mais limitado que o das civis. Muitas provas artificiais, que, sob o ponto de vista da verdade formal a que se atende, são admissíveis em matéria civil, não podem admitir-se em matéria penal, visto se atender ao contrário à verdade *substancial*.

Agora é necessário acrescentar, que, se as provas penais são *menos numerosas* que as civis, deve contudo deixar-se-lhes mais livre o exercício da sua eficácia sobre o espírito do juiz. Às determinações e as limitações de valor, justificáveis em matéria civil, já não se justificam, em geral, em matéria penal, onde as provas são consideradas na sua eficácia natural, em face do livre convencimento do juiz.

Em matéria civil trata-se de direitos particulares e determinados, livremente adquiridos ou livremente possuídos; e podendo cada um precaver-se como quiser contra os possíveis ataques ao seu direito, é lógico que a lei declare: para que te seja reconhecido um tal direito, ó necessário que o acompanhes de tais e tais provas.

Em matéria penal, ao contrário, trata-se sempre de um facto passado entre duas pessoas, das quais uma não pode livremente criar a sua prova, e a outra não o quer: a pessoa, cujo direito é violado, não tem naturalmente a escolha das provas, para fazer constar a violação; e a pessoa que viola o direito, tem naturalmente interesse em que não existam provas da sua

violação. Uma lei, portanto, que em matéria penal viesse declarar: não se reconhecem para a verificação de um dado crime senão tais e tais provas, atingiria o máximo do absurdo, fazendo triunfar a impunidade; por isso que o ofendido não poderia escolher as provas prescritas, e o delinqüente empregaria todos os meios para que se não verificasse. O crime deve ser legalmente susceptível de poder provar-se com qualquer prova, que seja *naturalmente capaz* de o provar. Às restrições *legais* impostas à eficácia das provas, se são admissíveis em matéria civil, já o não são em matéria penal. Em matéria penal não podem admitir-se senão limitações *naturais*, isto é, as que nascem da prova em relação à coisa provada; isto é, as que consistem na incapacidade natural da prova para verificar um dado facto. Aparte, pois, estas restrições *naturais*, de que é conveniente que, em geral, se ocupe a lógica das provas de preferência à lei positiva, restrições *legais* de prova não podem admitir-se em juízo penal; e as restrições legais estabelecidas em matéria civil não devem ter valor em matéria penal. O crime, repito, deve poder provar-se por todos os meios que são naturalmente capazes de o provar; e como, em particular, o testemunho é a principal fonte de certeza em matéria criminal, êle deve por isso, sem restrição alguma probatória legal, ser considerado como prova suficiente e legítima de tudo o que é *naturalmente* capaz de provar.

Sob o ponto de vista puramente probatório, a lógica não permite excepções; e os tratadistas em matéria do processo, que julgaram, dêste mesmo ponto de vista, poder justificar em matéria penal as restrições probatórias impostas em matéria civil ao testemunho, não tiveram, se me não engano, razão alguma.

Colocando-se sob um falso ponto de vista não encontraram, é natural, argumentos directos em que apoiar a sua tese, e tiveram que se apoiar unicamente em argumentos indirectos.

Se os limites probatórios, disseram êles, estabelecidos em matéria civil para o testemunho, se não fizessem valer em matéria penal, seria fácil iludir as leis civis, tomando a via penal; e a observação é justa. Mas quando, em resposta, se diz que em

matéria penal não devem existir obstáculos à descoberta da verdade, a observação é justíssima. De sorte que, admitindo mesmo o inconveniente de que os tratadistas se queixam, não é ele uma razão suficiente para que em matéria penal se admitam as restrições admitidas em matéria civil: o perigo de serem iludidas as leis probatórias civis, não pode autorizar a calcar em matéria penal o sacrossanto princípio da livre investigação da verdade. Se não existisse, como única razão do problema, mais do que o inconveniente apontado pelos tratadistas, quer-me parecer que a lógica deveria sugerir a esta questão uma solução diversa da que se lhe tem dado. Para que as leis probatórias civis não sejam iludidas e não seja ao mesmo tempo calcado o princípio da livre investigação da verdade, seria necessário admitir em matéria penal a prova testemunhal *ilimitada, aos únicos fins penais*: assim, se malefício houvesse, seria sempre punido, sem perigo de que se procurem iludir pela via penal as leis civis. E quando mesmo, se fôsse esbarrar em uma oposição de julgados, entre a jurisdição civil e a penal, esta oposição seria explicável e justificável. Compreende-se que o interesse particular, de que se ocupa o juízo civil, possa ser submetido a limites probatórios impostos pela lei, ao passo que o interesse público da punição do réu, de que se ocupa o juízo penal, deve achar-se livre de todo o vínculo legal na investigação da verdade: os dois fins diversos que presidem ao julgamento civil e ao penal, explicariam a diversidade dos dois julgados.

Repito, em vez de concluir sem mais que é necessário admitir em matéria penal os limites probatórios estabelecidos em matéria civil para o testemunho, parece-nos mil vezes mais lógica a nossa conclusão, ainda quando não se devêsse atender à questão senão sob o ponto de vista extrínseco do inconveniente derivado em matéria civil de se não admitirem em matéria penal aqueles mesmos limites probatórios, que vigoram em matéria civil. Mas, torno a repetir, parece-nos que a questão deve ser atendida diversamente: procuraremos colocá-la sobre a verdadeira luz.

Não podendo existir crime sem que o facto externo do homem seja violador de um direito, segue-se que, falando de



crime, é necessário, além do seu objecto material, atender ao seu objecto ideal, consistente no direito violado. Nunca existirá crime enquanto não fôr certa a violação, ou a ameaça de violação de um direito. Ora o homem tem diversas espécies de direitos, que podem ser objecto de violação criminosa; e estas diversas espécies de direito, sob o ponto de vista probatório, são diversamente verificáveis: falamos delas em outro lugar, e convém tornar aqui a falar nelas.

O homem tem, em primeiro lugar, direitos que lhe são *congénitos*, direitos que lhe são atribuídos, como gôzo actual e pessoal, simplesmente pela sua qualidade de homem ou de cidadão: direitos *congénito-humanos*, ou direitos *congénito-soeiais*. Compreende-se facilmente que, quando se fala de prova particular da existência do direito violado, necessária para a prova do crime, já não se fala desta espécie de direitos; nunca se fala de direitos congénitos, quer humanos quer sociais. A sua existência não oferece campo a controvérsias; a prova da existência destes direitos encontra-se tôda ela na qualidade verificada de homem ou cidadão.

O homem também tem direitos não congénitos, mas cujo gôzo actual e pessoal resulta de relações particulares estabelecidas entre uma pessoa e outra, ou entre uma pessoa e uma coisa: direitos *adquiridos*. Também é fácil compreender que falando-se de prova particular da existência do direito violado, necessária para provar o crime, tem-se precisamente em vista esta espécie de direitos <sup>1</sup>.

Esta última espécie de direitos, isto é, os direitos adquiridos, derivando do desenvolvimento da actividade humana no mundo exterior, e a actividade de um homem,, enquanto é capaz de originar um direito, podendo entrar em conflito com a actividade de outro homem, enquanto esta é capaz, por sua vez, não só de extinguir simplesmente aquele direito, mas de produzir também um direito contrário; segue-se que, quando se trata da

<sup>1</sup> Veja Parte terceira, cap. ii: *Prova directa em especial*.

atribuição de um direito adquirido, pode sempre deparar-se com um conflito, e com a consequente incerteza de atribuições. É por isso que a lei civil, tendo como mira suprema evitar conflitos e oscilações entre os respectivos direitos, atendendo à sua natureza, regula e prescreve a forma por que a actividade humana deve desenvolver-se para a sua aquisição.

Quando a lei civil prescreve formalidades sem as quais é impossível adquirir-se um direito, estas formalidades são sobretudo, a parte qualquer outra consideração, elementos *geradores do direito*, elementos formais, sem os quais o direito *civilmente valido* não pode nascer: sem aquelas formalidades, não pode falar-se daquele direito em presença da lei civil. Ora, como a formalidade prescrita pertence à família das provas, a determinação genética do direito resolve-se em limitação probatória. Assim, a lei civil, querendo estabelecer que a convenção sobre um objecto de valor superior a quinhentas libras, não pode ser origem de direitos civilmente exigíveis, quando se não acha revestido de forma escrita, estabelece ao mesmo tempo uma restrição probatória: se uma tal convenção *não tem valor civilmente* sem a forma escrita, segue-se que ela *não pode provar-se* por testemunhas ou de outro modo. Examinando-as sob este ponto de vista, apresenta-se-nos como natural que estas restrições probatórias, existindo em matéria civil, devem também ter valor em matéria penal, emquanto à prova da *existência controversa do» direito que se diz violado pelo crime*. Se um direito civil, e entendo dizer um direito cuja verificação e cuja protecção se confiam à lei civil, se um direito civil se diz violado pelo crime, este direito poderá assim dizer-se existente, e consequentemente considerar-se como objecto da violação criminosa, emquanto existe em presença da lei civil. Ora, não existindo em presença da lei civil mais do que o direito civilmente provável, segue-se que, quando o crime consiste na violação de um direito civil, se ele não é susceptível de se provar civilmente, não existe, e por-tanto nem mesmo se pode provar em matéria penal; e consequentemente, em relação a este objecto, as limitações, probatórias civis terão também valor em matéria penal.

Desçamos aos limites concretos da questão.

A actividade de uma pessoa na aquisição dos direitos pode desenvolver-se em concorrência com a actividade alheia, e pode desenvolver-se isoladamente.

Para a aquisição dos direitos pode servir tanto a actividade combinada de mais de uma pessoa, isto é, o acôrdo *em via principal*, exteriorizado, de mais de uma vontade: e o que se denomina *convenção*; quanto à actividade singular da pessoa, isto é, à exteriorização da sua vontade singular, seja sem necessidade do concurso de outra vontade que se lhe associa, como na prescrição, direito constituído a favor do próprio agente, seja como necessidade do *concurso em via mais ou menos acessória* da vontade da pessoa em favor de quem o agente constitui o direito, como no testamento: o que se denomina simplesmente *facto jurídico*.

Lancemos uma vista de olhos às *convenções* e aos *factos jurídicos*, por isso que sendo objecto de violação criminosa, é necessário prová-los em matéria penal. Começemos pelas *convenções*.

Dissemo-lo já, não há crime sem que exista um facto ideal ou jurídico, se assim se lhe quer chamar, consistente na violação consumada, ou tentada, de um direito. Ora quando o direito que se diz violado ou ameaçado por uma acção criminosa, se concretiza em uma convenção, quando o facto ideal do crime imputado consiste na violação de uma convenção, todos entendem que é necessário partir da admissão da existência anterior da convenção, para se admitir consequentemente o crime subsequente.

No entanto, orna convenção civil, isto é, uma convenção cuja protecção e verificação se acha confiada às leis civis, não pode dizer-se que- existe senão emquanto pode produzir direitos civis, e só pode produzir efeitos civis, quando pode ser provada segundo as regras das leis probatórias civis: uma convenção civil, que se não pode provar civilmente, é uma convenção inexistente civilmente, que como não pode originar direitos, também não pode ser objecto de violação criminosa. Quando, pois, um crime se apresenta como violador de uma convenção existente por si

mesma e independente dêle, é necessário que a convenção se verifique existir em matéria civil, para que possa ser admitida em matéria penal; e se existem limites probatórios em matéria civil, êstes limites terão também logicamente valor em matéria penal.

Esta afirmação, a que chegamos por um caminho diverso do seguido até aqui, tem sido objecto de graves disputas entre os escritores de matéria de processo, e tem dado lugar a oscilações legislativas.

Desde que em matéria civil se faz sentir geralmente a necessidade de impor restrições probatórias ao testemunho, resultou que, para não falar de diplomas legislativos precedentes, o artigo 1341 do Código Civil italiano prescreve que não é admissível a prova por meio de têtemunhas de uma *convenção* sôbre um objecto, cujo valor excede a quinhentas liras; teve naturalmente importância o problema sôbre se esta restrição probatória devia ou não valer em matéria penal; problema não só lógico mas legislativo.

Deixando sempre de parte os precedentes da legislação, que nos afastariam muito do nosso campo, bastar-nos há observar que o artigo 825 do Código de Processo Penal, da Sardenha, que depois se tornou italiano, afirmava não dever ter valor em matéria penal uma tal limitação probatória civil; e que, ao contrário, no posterior Código de Processo Penal italiano, ainda vigente, o artigo 848 afirmou o contrário.

O leitor que nos acompanhou neste capítulo, sabe que nós damos razão ao artigo 848, se bem que, confessamo-lo, redigido com infelicidade. Uma convenção que se não pode provar segundo as regras das leis civis, não pode considerar-se existente, e não pode, consequentemente, considerar-se objecto de violação criminosa : as restrições probatórias civis, êstendem-se assim, emquanto à prova das convenções que se dizem violadas, também à matéria penal. O Código Penal poderia muito bem, se o entendêsse justo e conveniente, dizer: Ainda quando o objecto da acção criminosa seja uma convenção civil, cuja existência contestada se não pode provar segundo as regras das leis civis, existirá contudo sempre

crime pela simples violação da convenção natural, que poderá, para os fins penais, ser provada segundo as regras das leis penais; e a pena a aplicar ao crime será, neste caso, a mesma que se aplicaria se a convenção podêsse provar-se civilmente, com a redução. E suponhamos na hipótese uma diminuição de pena, por isso que um direito que não é exigível civilmente, é sempre menos importante que quando o é, e portanto a acção criminosa que o viola é menos grave. Poderá, pois, o Código prever a hipótese de um crime que viola uma convenção que não se pode provar civilmente, a estabelecer a pena correspondente. Mas desde que o Código Penal o não faz, o processo penal tem razão para manter, quanto à prova da convenção civil que se diz violada pelo crime, as restrições probatórias que vigoram em matéria civil.

Isto, é necessário atender bem, entende-se sempre relativamente à existência contestada de uma convenção, que, enquanto existe por si só *independentemente do crime*, se afirma violada pelo crime.

Já assim não é, no caso em que o crime se confunde com a convenção, que é, assim, a forma por que se manifesta, como no crime de falsificação de escrito, como no abuso de uma assinatura em branco. Nesta hipótese, não se trata de uma convenção que, na sua legitimidade, deve existir independentemente do crime, para que possa dizer-se por êle violada; trata-se, ao contrário, de um facto criminoso, que se exteriorizou pela forma de uma convenção; e à prova do facto criminoso, não podem impor-se restrições probatórias. Quando é o próprio crime que se apresenta como convenção simulada, alterada, ou mesmo inutilizada, a lógica das coisas diz-nos que não há que provar convenção alguma existente na sua genuinidade, Independentemente do crime: há simplesmente a provar o facto criminoso, exteriorizado na forma de uma convenção, ou em factos destruidores da convenção existente; e, relativamente a êste objecto, toda a restrição probatória seria um absurdo.

E as restrições probatórias civis não só não teem razão de ser quando o crime se confunde com a convenção, mu também quando a convenção ou o facto que deveria ter tomado a forma

de convenção legítima, são o resultado do crime, como sucede nas burlas. Nesta hipótese, como na precedente, já não há que provar convenção legítima alguma, existente por si só, independentemente do crime. Está-se logo desde o principio em face de uma acção criminosa, que é a que, como consequência, conduz a um dado facto civil, realizado ou não pela forma de uma convenção. A convenção ou o facto civil que deveria ter tomado a forma legal de convenção, são um produto do crime, e por isso, enquanto se apresentam como tais, não podem ser sujeitos a restrição civil alguma de prova. Quando Ticio, para se apropriar de mil liras, por meio de ardis criminosamente fraudulentos, faz com que Caio lhas entregue sem mais nada, a título de depósito pretender-se a prova por meio de escrito desta entrega seria um absurdo, pois que é precisamente o crime que produziu a espoliação pura e simples; e esta consequência do crime, como tal, não pode ser sujeita a restrições civis de prova. Se, pois, Ticio, sempre dolosamente e por meios ardilosos, criminosamente fraudulentos, conseguiu que lhe fôsem entregues as mil liras, mediante a celebração de uma escritura, evadindo-se com as mil liras, e deixando a escritura nas mãos de Caio, todos entendem também que a prova, contra o próprio acto escrito, do dolo de Ticio e dos meios ardilosos por êle fraudulentamente empregados, não pode igualmente ser sujeita a restrição alguma; e isto também é verdadeiro em matéria civil.

Observarei aqui, em parêntesis, e sob um ponto de vista genérico, que a restrição probatória civil, consistente em não poder provar-se por testemunhas pró ou contra o conteúdo de actos escritos, já não tem razão de ser em matéria penal; porquanto em matéria penal não se quer provar contra ou a favor de actos escritos, ou para provar contra o arguido o seu dolo *dans causam contractui*, como no exemplo precedente, e o dolo como elemento criminoso é sempre provado como se pode, sem restrição alguma probatória; ou para provar a ausência de dolo da parte do arguido, ainda menos que tudo sofre restrições esta prova defensiva, sendo sagrado para a defesa o direito de provar ilimitadamente a própria inocência.

Entrando de novo no assunto principal e concluindo, a limitação probatória civil tem razão de ser, em matéria penal, somente quando é necessário provar a existência contestada de uma convenção existente por si, independentemente do crime, e que se diz por este violada; sempre que, ao contrário, mesmo em matéria de convenções, se está em face do crime, ou de uma consequência do crime, as restrições legais de prova já não tem razão de ser.

O que temos dito relativamente à convenção, é verdadeiro também, sob um ponto de vista mais geral, quanto ao simples *facto jurídico*, que, enquanto existe de per si independentemente do crime, se afirmasse por este violado. Com respeito ao *facto jurídico* não se fez questão de limites probatórios civis válidos em matéria penal, por isso que em matéria civil, pelo *facto jurídico*, não se estabeleceu explícita e formalmente um limite probatório geral, como se estabeleceu para a convenção. Mas isto não tem valor algum para excluir o *facto jurídico* do problema que examinamos.

Há factos jurídicos, para os quais, especialmente considerados, a lei civil prescreve formalidades, sem as quais eles não podem originar direitos civilmente válidos. Ora, quando estas formalidades se resolvem em uma restrição probatória, deve esta limitação valer também em matéria penal? Eu sou de parecer que sim, como quanto ao caso precedente, relativo à convenção. E sabido que, *em substância*, o que transmite a propriedade nas sucessões testamentárias, é a livre vontade do *de cujus*, devidamente comprovada. Mas a lei civil prescreveu as *formalidades* segundo as quais esta vontade se deve manifestar para ter eficácia jurídica. A formalidade essencial e imprescindível para a transmissão testamentária dos bens, é o escrito, quer se trate de testamento ológrafo, quer por acto do notário. A simples palavra não pode ter força para originar direitos de sucessão: a formalidade da escrita é um elemento formal, sem o qual não nasce o direito hereditário com valor civil. Ora, é claro que esta formalidade essencial se resolve em limitações probatórias. Ainda mesmo que se apresentem mil testemunhas a dizer que Tício

expressou a vontade determinada de ter por seu herdeiro Caio, «, admitamos, de ter-lhe até ouvido ler, enquanto vivo, um testamento seu ológrafo nêsse sentido; pois bem, mil têttestemunhas não ser virão de coisa alguma no que respeita à comprovação da vontade testamentária de Ticio em favor de Caio. E uma tal restrição probatória do facto jurídico que se denomina testamento, dentro dos limites racionais, tem fôrça, dizemos nós, mesmo em matéria penal. Apresentemos um exemplo.

Ticio morre; Caio, seu herdeiro legítimo, apodera-se de tãda a herança, incluindo um objecto determinado, que por testamento Semprônio pretende ter-lhe sido legado. Semprônio, depois de ter em vão reclamado êsse seu objecto, tendo conhecimento de que Caio o consumira em proveito próprio, apresenta contra êle a sua querela de apropriação indevida. O crime de Caio só subsiste admitindo-se o legado testamentário a favor de Semprônio; surgem dúvidas sôbre a verdade de um tal legado, e é necessário prová-lo. Poderá Semprônio vir provar a sua existência por meio de têttestemunhas? De modo algum; é necessário que apresente o testamento escrito que representa e concretiza o seu direito violado. Eis o sentido em que, mesmo a propósito de facto jurídico, a limitação probatória civil passa também para a matéria penal.

Isto, de resto, deve entender-se sempre dentro dos próprios limites racionais, estabelecidos para a convenção; isto entende-se relativamente à existência contestada de um facto jurídico, que, enquanto existe de per si e independente do crime, se diz por êste violado.

Já assim não é no caso em que o facto jurídico e o crime se confundam entre si, como sucede também relativamente ao crime de falsificação. Quando é o próprio crime que se exterioriza em forma de facto jurídico, ou em actos destruidores do facto jurídico, as restrições probatórias que existissem em matéria civil já não teriam razão de ser em matéria penal. Nêste caso, já se não trata de provar um facto jurídico, existente por si só, independentemente do crime; trata-se, ao contrário, de provar o próprio crime que se apresenta como facto jurídico masca-



rado, alterado, ou inutilizado, e relativamente a tal objecto a lógica penal não pode admitir limitação probatória alguma.

E limitações probatórias também se não admitem, quando o facto jurídico é uma consequência do crime. Se é o dolo de um que dá causa ao facto jurídico de outro, e este crime é imputável penalmente, ele pode ser provado por todos os meios que são naturalmente capazes de o provar.

## CAPÍTULO X

### Testemunho pericial

Até aqui temos tratado do testemunho *comum*, que é o prestado por testemunhas adventícias *in Jacto*, isto é, por testemunhas designadas pelo acaso, que tendo-as colocado em presença do facto, as põe em condições de o poderem referir; e este testemunho, denominamo-lo *comum* em consideração da matéria da afirmação, visto ter ela por objecto as coisas que caem sob os sentidos comuns, as coisas perceptíveis pelo comum dos homens.

Agora, compete-nos falar do testemunho *pericial*, que é o prestado por testemunhas escolhidas *post factum*; testemunhas que vamos buscar para deporem sobre certas condições e certas relações particulares do facto, não perceptíveis pelo comum dos homens, mas perceptíveis somente a quem tem uma perícia especial.

Mas temos nós razão em considerar como prova testemunhal esta espécie probatória particular, que como prova *sui generis*, é geralmente estudada sob o nome de *exame por peritos*? Sobre a natureza probatória do exame por peritos não se está de acordo na ciência; é conveniente mencionar as várias e diversas opiniões, antes de justificar a nossa.

Há, em primeiro lugar, quem tenha tentado negar que o exame por peritos seja propriamente uma prova, não vendo nela mais que um reconhecimento de prova. Disse-se: se o perito, a propósito de envenenamento, afirma o veneno; se, a propósito de

falsificação do documento, afirma a alteração do escrito; se, a propósito de exame psiquiátrico do arguido, afirma a sua loucura, a prova não consiste propriamente na afirmação do perito, mas sim no veneno, na alteração do escrito, e nos caracteres maníacos que o arguido apresenta. Como se vê, com este argumento chegar-se-ia à consequência de que todas as provas pessoais já não são provas. Sabe-se que as pessoas não atestam mais do que a sua percepção das coisas, e que por isso o que é prova pessoal enquanto ao juiz, é prova real enquanto à testemunha; mas não deve esquecer-se que quando se trata de determinar a natureza especial de uma prova, é necessário considerá-la relativamente à consciência do juiz, em quem é destinada a induzir o convencimento. Ora relativamente à consciência do juiz, quando o perito afirma a existência do veneno, da alteração do escrito, ou dos caracteres maníacos, o que funciona como prova não são já o veneno, a alteração do escrito, nem o carácter maníaco, em si mesmos, mas sim a afirmação do perito que declara tê-los percebido em si mesmos. O exame por peritos, portanto, é, como qualquer outro testemunho, uma prova, e é uma prova pessoal. Muitos outros indivíduos não têm sabido ver nos peritos "mais do que simples consultores do juiz. Desde que disseram, o juiz não deve recorrer ao exame por peritos, senão quando fôr incapaz de julgar por si próprio, é evidente que o perito não é mais do que um consultor do juiz. E uma premissa errônea, que conduz a uma falsa conclusão. E como prova claríssima de que a premissa é errônea basta recordar o princípio, exposto em outra parte, da *sociabilidade* do convencimento judicial. O juiz deve recorrer aos peritos não toda a vez que é incapaz de julgar a propósito de uma determinada coisa, mas sempre que se trata de coisa que não cai sob a *percepção comum*. É necessário nunca esquecer, que não basta que as provas induzam uma certeza individual no juiz; devem além disso ser de tal natureza que induzam a certeza em todo e qualquer homem capaz de raciocínio : é nesta sociabilidade da certeza que está o correctivo do arbítrio judicial. É necessário, portanto, recorrer ao exame por peritos, sempre que qualquer homem no uso da razão, nas condições de

cultura ordinária, seja incapaz de julgar. Quando mesmo acidentalmente se encontre no juiz uma cultura especial, que o habilite a julgar por sua conta, isto não basta para o dispensar de recorrer aos peritos. A justiça, para ser útil à sociedade, não basta que seja justa; deve sobretudo manifestar-se como tal; e não pode apresentar-se como tal, uma injustiça primitiva que se funde em uma certeza exclusivamente individual.

Concluindo, rejeitada a regra que afirma dever o juiz recorrer ao exame por peritos unicamente quando é incapaz de julgar, cai também por terra a consequência que afirma não ser o perito mais do que um consultor do juiz.

Muitos outros há também que teem considerado a prova por peritos como a mesma coisa que a inspecção judicial: é esta também uma opinião errônea. Mesmo quando, procedendo o juiz à inspecção judicial, os peritos procedem simultaneamente à sua observação, as verificações do juiz e as do perito se mantêm substancialmente separadas entre si.

O perito, mesmo quando procede simultaneamente com o juiz, deve apresentar sempre um relatório particular em seu próprio nome; o que mostra que o exame dos peritos é uma coisa distinta da inspecção judicial, e não pode, como prova, confundir-se com ela. Podem contudo eventualmente, o exame por peritos e a inspecção judicial, coincidir emquanto à matéria de observação: tratando-se, em particular, de coisas exteriormente observáveis pelos sentidos comuns, poderão estas constituir ao mesmo tempo objecto da afirmação do perito e da verificação judicial. Mas que se conclui daqui? Será isto razão suficiente para considerar como uma só coisa o exame por peritos e a inspecção do juiz? De modo algum! Mas conservam-se sempre duas coisas distintas: a identidade parcial da matéria, sobre que recai a observação, não pode identificar as afirmações distintas das pessoas que afirmam. Admitamos que ao mesmo tempo o juiz e o perito veem dizer-nos que os ferimentos verificados sobre o cadáver são em número de cinco. Que se conclui daqui? Haverá convergência das duas provas emquanto a este ponto particular do seu conteúdo; mas a convergência de provas não autoriza a

confundi-las. De resto, êste número de ferimentos, que supozemos ser igualmente afirmado pelo juiz e pelo perito, não é para o exame por peritos mais do que um simples ponto de partida, para passar em seguida à determinação da sua natureza e da sua consequência: isto é, para passar à afirmação de coisas, que o juiz não pode perceber directamente, e cuja verdade fica por isso confiada à exclusiva autoridade do perito.

Concluindo: comquanto divulgada, é contudo evidentemente errónea a opinião dos que confundem o exame por peritos com a inspecção judicial.

Outros há, finalmente, que teem julgado ver no exame por peritos uma dupla natureza: o perito, dizem, é têtemunha e juiz.

Comquanto o perito não faça mais do que atestar um facto material, embora não caia sob os sentidos comuns, tem-se convencido caracterizá-lo como uma têtemunha. Quando, porém, êle passa a fazer afirmações científicas e deducções, relativamente ao facto em questão, já se não tem querido admitir a natureza têtemunhal da sua palavra, e julgou-se ver nela uma função judicial; e esta função judicial, tem-se achado ser análoga à do jurado, por isso que, tanto ao jurado como ao perito, se submete uma questão de facto prejudicial, cuja solução é necessária para julgar. Mas não se atendeu a que o perito, emquanto aos próprios factos científicos, não faz mais do que têtemunhar sôbre a sciência, e emquanto às deducções que êle tira não faz mais do que atestar as relações que percebe, ou crê perceber; a sua palavra é sempre uma palavra têtemunhal que não tem fôrça alguma *decisória* emquanto ao julgamento definitivo. E é precisamente nesta faculdade decisória que o jurado tem, mas que não tem o perito, que está a raiz de tôda a função judicial: suprimi esta faculdade decisória, e encontrar-vos heis unicamente em face de uma afirmação de factos materiais ou imateriais, em que é livre ao juiz, acreditar ou não. Desde que o parecer do perito não seja obrigatório para o juiz, êle não será mais do que um testemunho de matéria especial. Quando se organizasse um *juri pericial*, para emitir decisões obrigatórias, coisa que sob o ponto de vista da arte criminal eu creio preferível, ó então que

o perito, deixando de ser testemunha, se tornaria, por sua vez, como o jurado, juiz de matéria especial; mas até então, falar de função judicial do perito, é absurdo.

Esta rápida exposição das várias opiniões conduz-nos novamente à nossa, sobre a natureza probatória do exame por peritos: o exame por peritos não é mais do que um testemunho. Mesmo quando, repetimos, o perito emite um parecer científico, não faz mais do que atestar, como facto, a sua convicção raciocinada de homem de ciência; mesmo quando daí tira deduções, não faz senão atestar, como facto, as relações que êle, na sua capacidade especial, percebe ou julga perceber entre uma coisa conhecida e uma desconhecida. A sua palavra é sempre uma palavra testemunhal; é palavra de uma pessoa que atesta sobre coisas. Tõda a fôrça probatória do exame por peritos funda-se naquelas mesmas duas pressuposições, em que se funda a fôrça probatória de todo o outro testemunho: que o perito se não engana e que êle não queira enganar. O convencimento do magistrado é livre era face do parecer dos peritos, como o é perante qualquer outro testemunho. Para que, pois, negar a natureza testemunhal do exame por peritos? Mas, diz Mitteamayer, se os peritos se tomam como testemunhas, aplicando os princípios reguladores destas àqueles, chega-se às mais errôneas consequências. Não, dizemos nós; pois que, se afirmamos serem os peritos testemunhas, acrescentamos que êles são testemunhas de uma ordem especial, e portanto subordináveis a regras especiais. O *testemunho* é o género próximo, a que se acham subordinadas duas espécies, consistentes no testemunho *comum* e no testemunho *pericial*. Estas duas espécies terão consequentemente regras comuns, derivadas da identidade do género a que pertencem, e terão regras particulares, derivadas das diferenças específicas que apresentam. Procuremos determinar a natureza específica do testemunho pericial.

Já o dissemos, o testemunho comum tem por objecto coisas perceptíveis pela capacidade comum, e o testemunho pericial tem por objecto coisas, que, para serem percebidas, requerem uma capacidade especial. Mas não basta: para determinar melhor e

de um modo mais explícito a natureza do exame por peritos, direi que êste é um testemunho *de Jactos científicos e técnicos, das suas relações e das suas conseqüências*. Aclaremos um pouco esta noção.

Falo de *facto científico*, e não de *verdade científica*, porquanto ao perito nunca se exige uma verdade ideal, mas sim uma verdade de facto. As «ciências periciais, como sciências experimentais, teem sempre uma raiz nos factos. As verdades pertencentes a estas sciências, nunca são verdades ideais: são verdades experimentais, a que pelo exame dos vários factos particulares se chega por indução. EU porque indico as verdades genéricas das sciências periciais com o nome de factos científicos, tomando em conta também que o perito afirmando essas verdades não faz mais do que afirmar como facto as sitas convicções de homem de sciência relativamente a elas. Entendo por *factos técnicos* os factos concretos, que não são bem perceptíveis pelo comum dos homens, mas simplesmente pelos que teem uma capacidade especial, que costuma encontrar-se em quem pratica uma determinada arte, uma dada profissão, ou tem um hábito de vida especial. As relações entre factos científicos e factos técnicos, e as conseqüências que daí se tiram, são ordinariamente a matéria mais importante do exame por peritos.

Consideremos praticamente a nossa noção. Eis aqui: encontramos-nos em face de um estado de facto material; por exemplo, de um cadáver. Chamemos o perito, e perguntemos-lhe quais as lesões externas e internas que apresenta. Que pedimos nós ao perito? A declaração de um *facto técnico*, de um facto que não é bem perceptível pelos sentidos comuns: nunca perguntaremos ao perito, se o cadáver tem ou não casaco, e se o seu casaco é desta ou daquela côr. Admitamos que o perito afirma a existência de uma lesão nos pulmões; e perguntemos ainda: A lesão nos pulmões é sempre mortal? Com isto, o que ó que lhe pedimos? A declaração de um *facto científico*, de um facto genérico, que se deduz da observação de vários factos particulares. Admitamos que êle responde, que só determinadas lesões produzem a morte;

e nós preguntamos finalmente: Mas foi esta lesão que produziu a morte ? E desta forma exigimos-lhe a aplicação do facto científico ao facto técnico, a relação por êle percebida entre um e outro, e a conseqüência que daí deriva.

Concluindo, o exame por peritos, é um testemunho, mas de ordem especial. Destingue-se do testemunho comum sobretudo porque, contrariamente a êste, êle tem por objecto a percepção de coisas não perceptíveis pelo comum dos homens: eis a primeira e fundamental diferença entre o exame por peritos e o testemunho comum. Mas, por isso que o exame por peritos tem por objecto coisas que não são perceptíveis pelo comum dos homens, segue-se também que não é um testemunho, que possa ser prestado por qualquer pessoa que eventualmente presenciasse o facto; é necessário pessoas de capacidade especial, e para haver estas pessoas particulares é necessário convidá-las. Eis uma segunda diferença: o perito é uma testemunha escolhida *post factum*: a testemunha comum é uma testemunha adventícia *in facto*: e consequentemente o perito é-não uma testemunha substituível, e a testemunha comum não o é. Mas se o perito é uma testemunha que se escolhe *post factum*, compreende-se também que ela não possa ser chamada para depor senão sobre aquilo que subsiste relativamente ao facto, sobre factos presentes supervenientes ao facto criminoso já passado. E eis aqui uma terceira diferença: o testemunho pericial tem por objecto factos presentes, ao passo que o testemunho comum é principalmente destinado a fazer reviver factos passados.

Uma vez que os peritos são testemunhas escolhidas *post factum*, parece natural perguntar-se quem é que os deve escolher, qual o seu número, e quando devem ser escolhidos.

Sendo, no processo instrutório, o juiz encarregado de esclarecer todos os factos úteis à descoberta da verdade, a êle, em primeiro lugar, pertence o direito de escolher e chamar peritos, sempre que o julgue oportuno. Se, portanto, no decurso da causa, é o juiz dos debates que sente a necessidade do exame por peritos para completar a instrução no interesse da verdade, compreende-se também que seja a êle a quem deva competir a esco-

lha e a nomeação dos peritos. Quando, pois, é a requerimento do arguido ou do seu defensor que se recorre ao exame por peritos; se o perito por eles indicado não tem contra si motivo algum sério de recusa, comquanto seja lógico que essa escolha não seja obrigatória, é bom contudo, que o juiz a confirme com a nomeação, não contrariando a confiança particular da defesa, reservando-se sempre ao juiz a faculdade de ouvir outro perito sobre o mesmo facto.

Emquanto ao número de peritos, do mesmo modo que para o testemunho comum, considera-se que um só perito pode, mais facilmente que dois, enganar-se ou induzir em erro: pode mais facilmente enganar-se, por isso que duas pessoas observam melhor que uma só; pode mais facilmente enganar, pois que é menos fácil que dois peritos queiram ao mesmo tempo mentir e mentir de acordo. E, portanto, sob um tal ponto de vista, tem-se como regra racional que os peritos não devera ser menos de dois; a possibilidade de falta de acordo entre os dois aconselha, pois, que o seu número seja elevado pelo menos a três.

Mas quando é que deve recorrer-se ao exame por peritos? Já o dissemos, o juiz deve recorrer aos peritos, não toda a vez que ele próprio se julgue incapaz de julgar, mas sim toda a vez que, mesmo sendo ele, pessoalmente, capaz de julgar, se trata de coisa que não pode ser bem percebida pelo comum dos homens. Segundo o princípio da sociabilidade do convencimento, a sociedade deve encontrar-se em condições de verificar com o seu juízo o parecer do magistrado sobre a existência e sobre a natureza dos factos. A justiça ounitiva não pode ter por única base a certeza, exclusivamente individual, do magistrado. Ainda quando, por ventura, o juiz fôsse um habilíssimo perito na matéria a julgar, mesmo se se trata de afirmações pertencentes a uma ciência, ou arte, especial, isto é, se se trata de afirmações que requerem uma capacidade especial, ele deve recorrer sempre ao perito, a fim de que o seu julgado não pareça o resultado de uma convicção sua, solitária e individual. A justiça punitiva é também mais legítima, quanto mais se afirma como justiça intrínseca e extrínseca; por outros termos, para que a justiça



seja útil à sociedade, não basta que seja justa; deve sobretudo manifestar-se como tal.

Desde que, pois, é necessário recorrer ao exame por peritos sempre que se trata da verificação de coisas que não são bem perceptíveis pelo comum dos homens, segue-se que a necessidade dêsse exame é mais ou menos frequente, não só segundo a maior ou menor popularidade dos conhecimentos, mas também segundo a natureza particular dos crimes a julgar. Há crimes em que se procede sempre ao exame por peritos, como no homicídio em geral, nos ferimentos, no estupro, nas falsificações de moeda ou de escrito; há crimes em que a êle se procede freqüentemente, como no crime de fogo pôsto; há, finalmente, crimes em que só excepcionalmente se procede a êste exame, como no furto. E seja qual fôr o crime, é por vezes necessário recorrer-se ao exame por peritos mesmo relativamente à verificação do estado mental do argüido.

Passemos agora à avaliação do testemunho pericial.

Já expozemos os critérios da avaliação do testemunho em geral, e vimos que êles se distinguem em critérios subjectivos, critérios objectivos e critérios formais. Agora, convém fazer aqui uma observação. Tanto os critérios subjectivos, como os critérios objectivos, são critérios genéricos, que se referem ao testemunho concreto *emquanto é uma afirmação de pessoa*; e por isso todo o testemunho, somente porque é prova pessoal, deve subordinar-se àquêles critérios. Do momento que é sob a palavra de uma pessoa, que percebeu o facto, que se crê nas coisas percebidas, compreende-se que a existência dessas coisas será tanto mais certa, quanto mais se crê que a pessoa que as afirma se não engana, e que não pretende enganar: e é nestas considerações que encontram fundamento os critérios subjectivos de avaliação. E assim portanto, desde que se não tem conhecimento das coisas senão por afirmações da pessoa, compreende-se também que o *conteúdo* desta afirmação servirá para inspirar maior ou menor fê sobre a existência das coisas: e nesta outra consideração do conteúdo têtemunhal encontram fundamento os critérios objectivos de avaliação. Tanto os critérios objectivos como os subjectivos ser-

vem, tanto para o testemunho pericial, como para o testemunho comum, com uma importância maior ou menor, derivada, como veremos, da natureza especial do testemunho pericial. Relativamente aos critérios formais é necessário pois observar que eles nascem geralmente da consideração do testemunho enquanto ao modo particular por que se exterioriza, e são critérios que se não referem a prova alguma pessoal: são critérios específicos referentes, principalmente, ao testemunho comum. E, portanto, os critérios formais por nós já expostos, são os que apresentam, falando de um modo geral, as maiores anomalias, na sua aplicação ao testemunho pericial. Vejamos a verdade destas nossas observações, por meio de uma rápida resenha dos critérios de avaliação, no que respeita ao exame por peritos.

Começemos pelos critérios subjectivos. Da consideração da pessoa do perito, como da da testemunha comum, deduzem-se razões para crer que o perito se engana ou não, e quer ou não enganar; razões que, naturalmente, dão ou tiram fé ao exame por peritos, do mesmo modo que ao testemunho comum. Mas há uma diferença proveniente da natureza específica dos dois testemunhos. O testemunho pericial tem por conteúdo coisas que não são bem perceptíveis para a capacidade comum, coisas que requerem uma capacidade especial e mais «levada para a sua percepção. Segue-se daqui que o critério da capacidade intelectual e sensória, que tem um valor limitado enquanto ao testemunho comum, tem o máximo valor enquanto ao testemunho pericial: para o testemunho comum, basta uma inteligência normal, comquanto limitada, e uma força sensória não superior à ordinária; para o testemunho pericial, ao contrário, quanto maior é a inteligência e a habilidade de observação do perito, tanto maior é a fé que ele merece. Vice-versa: o critério da capacidade moral, que tem grandíssima importância para o testemunho comum, tem uma importância limitada quanto ao testemunho pericial. A testemunha comum não faz mais do que afirmar, pura e simplesmente, factos passados, que diz ter percebido, factos que ordinariamente já não podem ser mais verificados era si mesmos, directamente; e por isso, quando ela queira enganar, é-lhe, de certo modo,

mais fácil o caminho. O perito, ao contrário, se afirma factos materiais perceptíveis a todos, como por exemplo, o número das lesões externas de um cadáver, nestas suas percepções costuma ser acompanhado pela inspecção judicial, que é, assim, um obstáculo à possível vontade de enganar. Se afirma, pois, facto» técnicos, que não são bem perceptíveis ao próprio juiz, podendo recorrer-se sempre a outros exames por peritos sobre os mesmos factos, a possibilidade no perito da vontade de enganar encontra um obstáculo na facilidade com que pode ser desmentido. Se, finalmente, o perito emite pareceres científicos e deduções, estes pareceres e estas deduções não são simples afirmações; devem ser fundamentadas, e, portanto, as falsas afirmações do perito correm facilmente o risco de se revelarem na falsidade dos seus fundamentos, fundamentos, cuja falsidade pode ser verificada por outros peritos, pelos juízes, ou por pessoas estranhas ao processo e que dêle tomassem conhecimento. A vontade do enganar encontra, conseguintemente para o perito, maiores obstáculos que para a testemunha comum. Concluindo: os critérios subjectivos da capacidade intelectual e moral tem tanto valor para o perito como para a testemunha comum; mas o critério da capacidade intelectual tem maior importância para o testemunho pericial que para o comum; e o critério da capacidade moral tem maior importância para o testemunho comum que para o pericial.

E passemos aos critérios objectivos.

Admitido que o exame por peritos, devido ao seu conteúdo especial, é um testemunho, direi assim, racional, compreende-se como, para o avaliar bem, tem grandíssima importância os critérios objectivos de avaliação: o testemunho pericial é, sobretudo, acreditado ou desacreditado pela própria natureza do seu conteúdo, considerado em si mesmo.

Lancemos uma rápida vista de olhos aos vários critérios objectivos de avaliação já expostos noutro lugar.

1.º A *incredibilidade* das afirmações tira a fé ao testemunho pericial, do mesmo modo que ao testemunho comum; e a *inverosimilhança* diminui a sua fé. A irracionalidade absoluta

ou relativa dos pareceres «científicos, emitidos pelos peritos, equivale à sua incredibilidade, e à sua inverosimilhança.

2.º O testemunho pericial terá tanto maior valor, quanto menos a matéria da sua afirmação se prêste a enganos. Os factos cuja observação não dá lugar, normalmente, a engano, serão mais acreditados que os outros, que, pela sua natureza, costumam por vezes enganar até a habilidade especial do homem perito.

3.º O perito não pode com as suas afirmações inspirar, nas coisas afirmadas, mais fé que a que êle próprio possui. E por isso o conteúdo do exame por peritos tem tanto mais valor quanto menos dubitativo se apresenta; e vice-versa.

4.º Se é a certeza de quem afirma que se transforma em certeza das coisas afirmadas, segue-se que, se um perito cai em contradição no contesto do seu parecer, demonstrando com isso, não ter êle próprio certeza num determinado sentido, não pode inspirar aos outros a certeza das coisas afirmadas. O testemunho pericial, emquanto é em si mesmo contraditório, perderá por isso mais ou menos fé segundo a natureza das afirmações entre as quais se dá a contradição.

5.º O testemunho pericial terá tanto maior valor quanto maior *determinação* apresentar nas suas afirmações; e o seu valor diminuirá até reduzir-se a nada, à medida que se apresente mais indeterminado.

6.º O testemunho do perito, como o da testemunha comum, tem tanto valor probatório quanto de exactidão tiveram as suas percepções. Convém consequentemente saber como tiveram lugar as suas percepções, para poder haver fé na sua exactidão; isto é, é necessário que o perito *apresente a razão da sua sciência*, como dizem os práticos a propósito de testemunho comum. Isto deve entender-se no mesmo sentido que o é para o testemunho comum, emquanto à percepção de coisas perceptíveis pelo comum dos homens. Emquanto, pois, à percepção de factos técnicos, apresentar a razão da sciência própria consiste na exposição dos meios técnicos empregados para a observação: se, para os exames por peritos, se não empregaram os meios roais apropriados, ou se não fez convenientemente uso dêles, ó natural que deva

diminuir a fé no exame. Emquanto aos pareceres científicos, finalmente, a exposição da razão de ciência resolve-se, para o perito, na exposição dos motivos racionais das suas afirmações.

7.º Dissemos a propósito de testemunha comum que tudo quanto ela afirma por *sciência própria* inspira mais fé que o que afirma por *ouvir dizer*. A natureza específica do exame por peritos conduz-nos, a este propósito, a observações particulares. Emquanto à verificação dos factos, quer sejam comuns quer técnicos, não tem sentido para o perito a distinção de testemunho de ciência própria e de ouvir dizer, o perito, como tal, é chamado sempre para afirmar por ciência própria. Quando, portanto, se trata de pareceres científicos, pede-se sempre ao perito a sua opinião pessoal, e o ouvir dizer que, nesta matéria, consiste na autoridade alegada de outros homens da ciência, não faz senão vir acumular-se com a ciência pessoal do perito, tomando-a mais digna de fé. Portanto, quando mesmo o perito não apoiasse o seu parecer científico, senão sobre a autoridade científica de outros, este seu ouvir dizer nem sempre inspiraria menos fé, porquanto o valor científico e o poder de observação do homem de ciência cuja opinião se alega, podem estar a uma altura tal de inspirarem maior fé que a simples autoridade do perito.

8.º Para uma exacta avaliação objectiva do testemunho do perito, não basta atender ao conteúdo em si mesmo; é necessário considerá-lo também, em relação ao conteúdo dos outros testemunhos periciais do mesmo ou de outros peritos, e pelo que respeita ao conteúdo dos testemunhos comuns. Em geral, pode afirmar-se também quanto ao testemunho do perito, que o seu acôrdo com as outras afirmações aumenta a sua fé, e a contradição com elas diminui-a. Lancemos uma rápida vista de olhos aos vários casos.

Em primeiro lugar, o perito pode com um segundo parecer contradizer o primeiro, que éle próprio apresentou. Se a contradição recai sobre factos materiais, e as alterações do segundo parecer se não justificam por uma nova ou mais cuidadosa observação, todos entendem que a contradição tira a fé à palavra do

perito, do mesmo modo e pelos mesmos critérios que a tira à palavra da testemunha comum. Se, portanto, a contradição diz respeito às conclusões e ao parecer emitidos pelo perito, todos compreendem que a mudança de opinião, em vez de falta de observação, ou vontade de enganar, revela no perito um zelo consciencioso da verdade, a que, à custa da sua contradição, quis chegar por meio de um exame mais cuidadoso, com novas experiências, e com deduções mais racionais.

Em segundo lugar, a afirmação de um perito pode estar em contradição com a afirmação de outro perito. E também aqui é necessário distinguir. Se a contradição recai sobre factos perceptíveis a todos, ela deve ser julgada cora os critérios expostos a propósito de testemunho comum. Se a contradição recai sobre factos técnicos, é necessário atender especialmente aos meios técnicos empregados, na observação, pelos peritos que se contradizem, e a sua habilidade pessoal: aquele que empregou o melhor método de observação, e que teve maior habilidade inspirará sempre mais fé do que aquele que empregou um método menos perfeito e possui menor habilidade. Finalmente, se a contradição recai em conclusões e em pareceres científicos, é necessário atender à maior ou menor racionalidade das afirmações opostas, e ao valor intelectual de quem faz a afirmação: aquele que possui mais valor científico e que apresenta motivos mais racionais, inspirará sempre mais fé que o outro. Em todos os casos, poder-se há recorrer a novos peritos, a fim de procederem a novo exame, e de se pronunciarem *de novo* sobre a questão.

Em terceiro e último lugar, a contradição pode verificar-se entre o exame dos peritos e os testemunhos comuns. Os peritos, por exemplo, afirmam ter resultado a morte de um tiro de arma de fogo, ao passo que o argüido confessa tê-la produzido por meio de uma faca sem ponta. Os peritos, admitamos, afirmam que o recém-nascido não pode ter saído vivo do ventre da mãe, ao passo que as testemunhas afirmam ter ouvido os gritos, quando a mãe o enterrava. Todos veem que em casos tais a autoridade do exame por peritos perde de valor proporcionalmente ao número e ao valor dos testemunhos em contrário, especial-

mente quando se atenda a que aquilo que os peritos afirmam por indução, as testemunhas afirmam-no, ao contrário, por percepção directa. Admitindo que não existem razões de descrédito contra os testemunhos comuns, os exames por peritos perdem completamente a sua autoridade; e nêstes casos é sempre conveniente consultar novos peritos, estudando e apreciando cuidadosamente as confissões e os depoimentos.

E passemos, por fim, aos critérios formais de avaliação.

Vimos que o carácter específico do testemunho consiste na sua natureza oral. Ora, é necessário antes de mais nada observar, a propósito de exame por peritos, que enquanto é necessário que êle seja capaz de ser *reproduzido oralmente*, sem o que não seria um testemunho pericial, mas sim um documento, o princípio da *natureza oral efectiva* é-lhee aplicável de um modo limitado. Sabemos que o princípio da natureza oral efectiva importa não só dever apresentar-se oralmente todo o testemunho capaz de tal forma, mas também não dever conceder-se a permissão de apresentar o testemunho por forma escrita nos debates públicos, e consequentemente, se existem depoimentos escritos no processo, deve proibir-se a sua leitura. Ora, tudo isto encontra excepção na natureza especial do testemunho pericial. A matéria não fácil dêste testemunho, referindo-se a detalhes complicados e a impressões analíticas, que é necessário fixar imediatamente por escrito, se se querem depois referir exactamente, faz com que o escrito seja o melhor ponto de partida para testemunhos desta natureza, servindo melhor para garantir a sua exactidão e verdade. Eis porque se admite a leitura dos depoimentos escritos dos peritos. O perigo da fragilidade da memória considera-se maior, em matéria de exame pericial, que o perigo das afirmações preparadas e artificiosas que acompanham todo o depoimento; e isto também pela natureza especial do testemunho do perito, que não é um homem qualquer dado ao acaso, mas sim um homem não comum, que se escolhe *post factum*. E por isso o depoimento escrito do perito, apresentado em juízo, não é defectivo pela sua forma: a sua leitura é admitida, recorrendo-se à sua reprodução oral *sucessiva*. Unicamente quando a sua necessidade se faça sen-

tir. E esta necessidade manifesta-se legitimamente com o pedido de inquirir oralmente os peritos, não se podendo em matéria criminal recusar a discussão oral, em matérias tão importantes, em que as explicações e os aditamentos orais podem servir grandemente para demonstrar a verdade.

Pôsto isto, façamos uma rápida exposição dos critérios de avaliação derivados da fórmula, que apresentamos a propósito de testemunho comum.

A clareza e a precisão da linguagem, como *manifestação directa* do pensamento, é um critério de avaliação que por um lado pertence à forma, e por outro, ao conteúdo; e em quanto êste critério se refere intimamente ao conteúdo têtemunhal, tem valor tanto para o testemunho pericial, como para qualquer ontra afirmação pessoal. Compreende-se que a afirmação pessoal, seja de que espécie fôr, tenha sempre tanto maior valor, quanto maior precisão e clareza apresentar na sua forma.

Relativamente, pois, aos critérios formais, que acreditam o testemunho enquanto revelam *indirectamente* a alma da têtemunha, compreende-se que êles não podem ter importância relativamente ao testemunho do perito, sendo êste, pela sua natureza especial, um testemunho *meditado*.

Poderá talvez apresentar-se em primeiro lugar como razão de suspeita, a *animosidade* de linguagem do perito? Em primeiro lugar, se animosidade houvêsse, o perito tem tôda a vantagem de ocultá-la, tendo legitimamente todo o interêsse em meditar o seu têtemonho; e depois, a matéria do testemunho do perito presta-se pouco a manifestações de animosidade pessoal. A linguagem *estudada*, que não sendo natural para o testemunho comum, o torna suspeito, é ao contrário linguagem natural nos pareceres dos peritos. E por isso, a *identidade permeditada* de linguagem, que, como forma não natural, torna suspeito o testemunho comum, é forma natural para o parecer dos peritos, desde que, quando êstes são mais de um, é discutindo e estabelecendo conjuntamente as suas opiniões, que servem melhor ao triunfo da verdade. Com efeito, havendo mais de um perito, tem-se achado lógico e natural que subscrevam conjuntamente o mesmo pare-



cer; ao passo que se acha absurdo que mais de uma testemunha comum façam um testemunho colectivo.

E o mesmo se diz quanto aos indícios que so deduzem da pessoa da testemunha, e que servem para revelar o seu espírito. O perito, mesmo quando se apresenta nos debates públicos para ser examinado oralmente, é uma testemunha longa e estudiosamente preparada para o depoimento que tem de fazer, e o seu depoimento tem por objecto conhecimentos que lhe são peculiares; nestas condições, que indicio pode tirar-se da sua pessoa sôbre a verdade das suas opiniões?

Finalmente, também as formalidades protectoras da verdade, aconselhadas pela arte criminal quanto ao testemunho comum, não tem geralmente a mesma importância quanto ao testemunho pericial; e por isso relativamente a êste, não tem o mesmo valor como critérios de avaliação.

Se considerarmos a *produção judicial*, forma primária do testemunho comum, vemos que ela não tem o mesmo valor emquanto ao testemunho pericial. Sabemos já, que o testemunho pericial tem todo o seu valor mesmo quando apresentado cumulativamente num escrito, isto é, mesmo quando se tenha exteriorizado em forma de prova fora da presença do juiz, redigindo um só, no escrito, o que os outros afirmaram.

Mesmo no caso em que os peritos procedam a um exame sob os olhos do juiz, poder-se há requerer que reduzam imediatamente a auto as suas verificações materiais; mas não se lhes poderá exigir que redijam imediatamente o seu parecer fundamentado, quando é necessário deixá-lo amadurecer pela reflexão. E por isso os peritos poderão redigir o seu parecer cumulativamente à sua vontade, fora da presença do juiz.

E aqui é bom acrescentar, que para a validade probatória do exame dos peritos, nem mesmo é necessário que os peritos tenham procedido ao seu exame na presença do juiz. Será útil, no caso de a mesma coisa ser objecto da inspecção judiciária e do exame dos peritos, será útil, digo, que os peritos e o juiz. procedam conjuntamente às suas observações, a fim de que a coisa a examinar se apresente intacta, nas suas condições natu-

Tais, à observação de um e dos outros; mas não se poderá, por isto, concluir que a declaração dos peritos, só pelo facto de referir factos observados fora da presença do juiz, perca o seu valor probatório. É necessário, portanto, atender a que há verificações especiais e exames, que por sua natureza não podem efectuar-se perante o juiz; como quando é necessário proceder a experiências químicas, ou a longas investigações científicas. Em tal hipótese é lógico que os objectos a examinar sejam entregues aos peritos, a fim de procederem ao seu exame socegada e reflectidamente.

Emquanto pois ao *intêrrogatório*, principal entre as formalidades secundárias aconselhadas pela arte criminal, êste, quando o perito comparece nos debates orais, presta valiosos serviços mesmo relativamente ao exame pericial, não tanto como obstáculo à possível vontade de enganar da parte do intêrrogado, quanto como meio de esclarecer as dúvidas e desfazer os êrros da parte de quem intêrroga. É necessário por isso atender a que, se o exame dos peritos adquire um valor probatório mais elevado quando é esclarecido e confirmado pelo seu intêrrogatório, ele contudo conserva todo o seu valor, mesmo sem intêrrogatório, quando não se faça sentir a necessidade dêste.

Emquanto, finalmente, ao *juramento*, admitindo que êle é um obstáculo eficaz contra a possível vontade de enganar da têtemunha, é lógico proceder a êle, como garantia formal, tanto com o perito como com a têtemunha comum. O exame por peritos ajuramentados dá, sob êste aspecto, maior segurança que a lealdade conscienciosa das afirmações do perito.

E eis aquí, de novo expostos, por esta forma, relativamente ao exame pericial, todos os critérios de avaliação por nós apresentados a propósito de testemunho comum.

Besta apenas fazer uma última consideração sôbre o exame por perito; e concludo.

Emitido um parecer, ainda que concordemente, pelos peritos, será êle obrigatório para a consciência do juiz? De modo algum; as provas, sem excepção, impõem-se tanto á consciência do juiz, quanto criam nela o íntimo convencimento da verdade das coisas atestadas. Enquanto permanecer na consciência do

juiz uma só dúvida que seja, êste tem sempre o direito de não acreditar nas provas. Se, depois de ter avaliado cuidadosamente o testemunho dos peritos, sob o ponto de vista do sujeito, da forma, e especialmente do conteúdo, o juiz não se sente tôdavia convencido, seria absurdo pretender que êle se pronuncie de harmonia com 'o parecer dos peritos, e em contradição com a própria consciência. Poderá o juiz, logo que disso sinta a necessidade, e uma vez que a lei lho permita, recorrer a exames por peritos posteriores, para alcançar um convencimento qualquer; mas, se, apesar de os exames ulteriores dos peritos, as suas dúvidas não desaparecem, não lhe resta senão pronunciar-se em favor do argüido.

Tudo isto considerando sempre o perito como têtemunha. Quando, ao contrário, se tivêsse organizado um juri pericial para se pronunciar sôbre as questões, então o perito já não seria uma têtemunha, mas sim juiz de matéria especial; os seus exames periciais seriam outras tantas inspecções judiciais; e os seus pareceres mudar-se-iam em decisões, obrigatórias para todos.

## SECÇÃO SEGUNDA DA QUINTA PARTE

### Prova documental

#### CAPÍTULO I Documento,

##### sua **natureza** e espécies

Falando da divisão formal das provas, determinamos já a natureza específica do documento: é documento a afirmação pessoal consciente, escrita e irreproduzível oralmente, destinada a fazer fé da verdade dos factos atestados.

Vimos também como esta nossa definição serve para distinguir nitidamente o documento, que é uma das duas espécies em que sob o ponto de vista da forma se concretiza a afirmação pessoal, da outra espécie que é o testemunho; e serve também para a distinguir da prova material, que é a espécie única em que sempre, sob o ponto de vista da forma, se concretiza a afirmação da coisa. É conveniente tratar novamente destas distinções, para que também aqui se apresente determinada a noção do documento.

Começemos no entanto por uma observação preliminar. Nesta nossa definição do documento, não falamos senão da simples forma escrita; mas é conveniente observar que, em sentido lato, poderia incluir-se no documento qualquer outra forma *permanente*, em que se suponha exteriorizada a afirmação pessoal. Neste sentido lato, o documento compreenderia também aquelas formas de afirmação pessoal, que foram designadas pela escola com o nome de *monumenta*; formas permanentes, destinadas a perpetuar a memória de um facto, como os túmulos,

ou a proclamar um direito, como os limites e os confins, ou a traduzi-lo por meio de sinais simbólicos, como os braços de armas<sup>1</sup>. Nós, com quanto admitamos que, sob um ponto de vista muito geral, o documento possa considerar-se neste sentido lato, preferimos contudo, sob o ponto de vista de prova penal, considerá-lo em sentido restrito, tomando em consideração somente a forma escrita, como sua forma ordinária, principal e mais perfeita, e como única forma importante em matéria de prova penal. A propósito, pois, das várias formas permanentes que podem assumir a afirmação pessoal, deve observar-se, além disso, que entre todos, não há senão o escrito que tenha um significado profícuo e determinado; sendo qualquer outra forma, mais ou menos, obscura e indeterminada. Posto isto, passemos a considerar o documento sob a sua natureza específica, pela qual se distingue das outras espécies formais de prova.

Já dissemos que não existe documento em sentido restrito sem o escrito; é necessário, contudo, acrescentar que nem todo o escrito é um documento em sentido restrito, se bem que vulgarmente, sob o título de documento, se costume compreender toda a espécie de escrito. Considerando exactamente a natureza específica das provas, escritos há que não constituem senão uma prova material, e há escritos que não são mais do que uma prova têtemunhal. Vejamo-lo.

O escrito constitui prova material em dois casos: quando é acompanhado da inconsciência de quem o escreve, e quando não é mais do que um objecto da acção criminosa, e não é por isso considerado como simples afirmação pessoal, destinada a fazer fé das coisas atestadas.

Para nós, o documento é essencialmente uma prova pessoal; e não pode haver prova pessoal, sem a consciência da própria afirmação, da parte de quem atesta. Se um acusado, em um momento, suponhamos, de sonambulismo, reduz a escrito a sua

<sup>1</sup> Quanto à natureza pessoal destas provas, veja-se o que escrevi no Capítulo II, da Quarta parte.

confissão, êste seu escrito só pode ser considerado como uma prova *real*, porquanto a natureza específica da afirmação pessoal assenta na consciência do que se afirma. Se se suprimir a consciência das afirmações escritas, o que resta? Nada mais do que a exteriorização material de um estado de espírito que pode ser simplesmente uma aberração e uma enfermidade. Na generalidade das provas reais, trata-se de modificações materiais percebidas sôbre as coisas; aqui trata-se de modificações espirituais percebidas, através da materialidade do escrito, na pessoa. Mas que entender-se daqui ? Tanto em um como em outro caso, as modificações espirituais, do mesmo modo que as corpóreas, revelam-se pela mesma forma em uma materialidade concreta inconsciente, submetida à percepção do juiz. Suprimam-se as diferenças acessórias de manifestação, derivadas da diversa natureza dos sujeitos, pela qual o sujeito espiritual tem necessidade de exteriorizar as suas modificações para as tornar perceptíveis, e o sujeito material apresentá-las há logo perfeitas e exteriorizadas; e, à parte esta diferença, dada a manifestação inconsciente das modificações espirituais, tereis sempre, tanto para estas, como para as modificações corpóreas, a mesma natureza da prova material: modificações, tôdas elas, material e inconscientemente oferecidas pelo seu sujeito à percepção, e que entram por isso na classe das provas materiais. Para existir, pois, a prova pessoal em geral, e o documento em especial, ó necessário absolutamente, em primeiro lugar, a consciência de quem faz a afirmação; e eis porque, definindo o documento, falamos de afirmação *consciente*. Mas, para se ter a prova pessoal era geral, e o documento em especial, não basta que o escrito tenba sido conscientemente redigido; é necessária, além disso, que êle se apresente como uma afirmação destinada a fazer fé dos factos atestados. Ora, êste facto de ser destinada a inspirar fã no seu conteúdo, não existe nos escritos que se apresentam como objecto da acção criminosa, nos escritos que se apresentam em juízo como exteriorização material do crime. O libelo difamatório, o documento falsificado, a carta ameaçadora, a denúncia falsa ou a querela falsa por escrito, quando se produzem em juízo como factos

imputáveis a um homem, não são já documentos, mas provas materiais, por isso que, no juízo em que se produzem, representam a concretização material do crime, e não a simples afirmação pessoal de um facto, destinada a fazer a sua fé. A palavra escrita, em tais casos, não é senão um meio de concretização material do próprio crime, como o punhal que fere e a mecha que incendeia: estamos sempre em face da materialidade do corpo de delito, e não já de um simples documento. E eis porque, definindo o documento como uma afirmação pessoal consciente, acrescentamos: destinada a fazer fé da verdade dos factos atestados. A *consciência* e o *fim de fazer fé dos factos atestados*, eis as duas características que distinguem o escrito documento do escrito que constitui *prova material*. Mas dissemos também que o escrito pode ser uma simples prova testemunhal. É necessário portanto um critério para distinguir também exactamente o escrito que é propriamente *documental* do que é *testemunhal*. Qual é este critério? Parece-nos tê-lo encontrado na *irreprodutibilidade oral*: os escritos reproduzíveis oralmente não são mais que testemunhos escritos: são, ao contrário, propriamente documentos os escritos irreproduzíveis oralmente. Não pareça fantástico e arbitrário este nosso critério; ele provem-nos da consideração da natureza íntima do documento; e não nos parece difícil convencer da sua exactidão. Intêrrogando, pouco que seja, as nossas consciências jurídicas, achamos que toda a vez que se fala de *documento* escrito, como de prova específica, apresenta-se como natural ao espírito o conceito de uma prova pessoal destacada da pessoa física de quem o escreveu, de uma prova que, comquanto pessoal, tem, direi assim, uma vida própria, que deve ser considerada e avaliada independentemente da presença física, real ou possível de quem o escrevo: o escrito, por outros termos, apresenta-se como documental somente quando, tendo em si mesmo natureza de prova completa (mais ou menos perfeita, mas sempre completa em si mesma), não deve reproduzir-se oralmente. Continuando ainda a intêrrogar as nossas consciências jurídicas, vemos, vice-versa, que toda a vez que se fala de *testemunho*, como de prova

específica, se apresenta como natural ao espírito o conceito de uma afirmação pessoal inseparável da pessoa que afirma, de uma afirmação pessoal, cuja natureza específica de prova é determinada pela presença real ou possível da testemunha em juízo. Se supozermos um escrito contendo uma afirmação pessoal, e supozermos que a pessoa que fez a afirmação não pode vir a juízo reproduzir oralmente o conteúdo, repugnar-nos há falar de teste-

munho

escrito em sentido restrito, e parecer-nos há mais natural falar de documento. O escrito, no entanto, deve ser considerado como *têstemunhal*, por isso que a sua natureza probatória é completada pela presença possível da testemunha em juízo: testemunho escrito, por outros termos, é somente o que pode ser reproduzido oralmente pela testemunha, perante o juiz do debate.

E, diga-se em parêntesis, falamos do juiz do debate, por quanto, como temos observado mais de uma vez, as provas não podem classificar-se de uma forma estável não as referindo a um ponto fixo, e o ponto fixo para a classificação relativa à forma, como para a relativa ao sujeito, é a consciência do magistrado que julga em julgamento público. Se ao classificar uma emquanto à *forma*, não tivermos presente este ponto fixo, ora nos parecerá que ela pertence a uma classe formal, ora a outra: o que, segundo os nossos conceitos, é *documento* relativamente ao juiz do debate, por ter morrido a pessoa cujo depoimento oral foi reduzido a escrito pelo juiz instrutor, é um verdadeiro testemunho relativamente a este último. B fecho o parêntesis.

A *irreprodutibilidade oral*, como critério de distinção entre o documento e o testemunho escrito não é portanto um critério arbitrário, mas um critério que surge espontânea e naturalmente da consideração da natureza íntima, deduzida pelas nossas consciências, do que se chama documento em sentido específico.

Ora, se o escrito contendo uma afirmação pessoal, é contudo um documento quando é impossível reproduzi-lo oralmente, segue-se que estudando as várias razões segundo as quais um escrito não pode reproduzir-se oralmente, encontram-se as várias espécies em que deve classificar-se o documento. Procedamos rapidamente ao exame das razões que impedem a sua reprodução oral.



A impossibilidade de reprodução oral de um escrito pode derivar em primeiro lugar de um critério legal, que atribua uma tal fê a determinados escritos, que não possa permitir a prova oral sôbre o seu conteúdo, por parte de pessoa alguma, a não ser que se recorra a um processo especial, com a arguição de falsidade. E o caso da irreproduzibilidade *legal*, que determina uma primeira classe de documentos: *escritos autênticos*.

A impossibilidade da reprodução oral pode derivar também de um critério lógico, que se oponha à reprodução. É o caso da irreproduzibilidade *lógica* que determina, como desenvolveremos em lugar próprio, duas outras classes de documentos: *escritos* por nós denominados *anti-litigiosos*, isto é, escritos redigidos de modo a prevenir a possibilidade de controvérsias entre as partes; e *escritos casuais* dos interessados na causa.

A impossibilidade da reprodução oral pode, finalmente, derivar de condições, físicas ou morais, em que se encontra actualmente a pessoa que faz a afirmação; assim, nas hipóteses de morte, de ausência, ou de impossibilidade de ser encontrada a pessoa que faz a afirmação; assim, na hipótese de incapacidade que lhe sôbrevenha. É o caso de irreproduzibilidade *material* ou *psíquica*, que determina uma última classe de documentos: *testemunhos escritos por pessoas que já não podem reproduzi-los oralmente* devido a condições supervenientes à testemunha.

Recapitulando, temos conseguintemente quatro espécies de documentos:

- 1.º Escritos autênticos; I
- 2.º Escritos anti-litigiosos;
- 3.º Escritos casuais dos interessados na causa;
- 4.º Testemunhos escritos por pessoas que já não podem reproduzi-los oralmente.

O estudo particular de cada uma destas classes, constitutivas dos escritos documentais, tornar-se-nos há fácil pelo estudo preliminar dos escritos em geral, considerados emquanto ao seu valor, abstraindo dos critérios particulares por virtude dos quais constituem documento.



## CAPITULO II Escritos em geral,

sua classificação e valor

O pensamento humano, encerrado na solidão da consciência individual, torna-se estéril, e, perdendo os seus esplendores ofusca-se até confundir-se com o instinto, força inconsciente dos espíritos, que os homens possuem de comum com os animais. O pensamento do indivíduo não tem esplendores próprios, se se não deixa ao mesmo tempo iluminar pelos esplendores do pensamento alheio; êle afina-se, aperfeiçoa-se e resplandece pela sociabilidade: a humanidade desagregada não dá mais do que o estado selvagem: o homem civilizado sai da humanidade socialmente organizada.

A esta necessidade que tem os espíritos de comunicar entre si para se aperfeiçoar, responde a palavra; a palavra, que, tirando o pensamento da solidão da consciência individual, o exterioriza com ordem e clareza, comunicando-o de homem para homem, e estabelecendo, assim, a sociedade dos espíritos.

Mas a palavra fônica, expressão fugaz do pensamento, a qual nasce e morre com o som da voz humana, não pode servir senão entre as pessoas presentes; é necessária a coincidência de lugar e de tempo entre uma pessoa e outra, para a troca dos seus pensamentos. Para alargar a sociedade dos espíritos, era necessário por isso uma forma estável de manifestação do pensamento, uma forma estável que, destacando-se da pessoa que fala, não tivesse já necessidade da sua presença física para transmitir a outrem o seu pensamento com igual segurança, lucidez e determinação; esta forma portentosa é o escrito. Pelo escrito é possível, direi assim, o contacto dos espíritos, tem a proximidade dos corpos; pelo escrito, o pensamento do indivíduo, vencendo o tempo e o espaço, pode iluminar toda a humanidade; pelo escrito, qualquer espírito humilde dos nossos tempos pode conversar com a grande alma de Platão.

Existindo no escrito uma forma permanente e perfeita da

manifestação do pensamento humano, compreende-se facilmente como êle tenha sido lógica e naturalmente utilizado desde os primitivos tempos a tornar estável a posse dos direitos mesmo em face de pessoas afastadas e futuras, salvando-se das incertezas, dos erros e das tradições orais; compreende-se facilmente como o escrito tenha sido lógica e naturalmente empregado pela sociedade na verificação dos factos e dos direitos humanos.

Mas a sociedade civil, considerando e utilizando a missão naturalmente probatória que teem os escritos, "atendeu também à possibilidade de erros que é da mesma sorte inerente a esta espécie de prova, e tem consequentemente excogitado e tomado em consideração garantias formais, destinadas a fortalecer a fé; A omissão, ou a existência em geral, destas garantias, e a natureza especial das que interveem concretamente, teem, por isso, feito com que os escritos tenham sido classificados em classes particulares, tendo um particular valor; teem assim os escritos sido classificados em *públicos* e *particulares*, subdividindo-se os primeiros em *autênticos* e *não autênticos*.

Consideremos rapidamente estas classes em que se distinguem os escritos, considerados geralmente, abstraindo dos critérios particulares para que constituem documento em sentido próprio. Sob êste segundo aspecto, sob o aspecto documental em especial, é que as consideraremos, e ser-nos há isso então metodicamente mais fácil, no capítulo seguinte.

Dissemos que os escritos teem sido divididos em duas grandes categorias: escritos públicos em geral, e escritos particulares. Ora é de máxima importância começar por considerar em que consiste a *natureza pública* dos escritos, e qual é o critério que a determina.

Tem sucedido por vezes, querer alguém estabelecer como critério racional, determinativo da natureza pública de um escrito, a natureza do interesse que êle tem por objecto; por outros termos, tem sucedido por vezes ter-se querido considerar como público um escrito, somente por ter como objecto um interesse público. Todos veem facilmente quanto é falaz semelhante critério. Um escrito, tenha ou não por objecto o interesse de todos o»

cidadãos, será sempre um escrito particular, se foi redigido por uma forma particular; e tice-versa, ainda que tenha por objecto um interesse completamente particular, será público quando tenha sido redigido por uma forma pública. O critério objectivo do interesse público, consequentemente, não tem absolutamente valor algum para a determinação da qualidade de público no escrito.

Outros tem exagerado a importância do critério objectivo, fazendo derivar a *natureza pública* dos escritos da qualidade de oficial público em quem os escreve. Erro este também. O oficial público pode dar lugar a escritos particulares, não só no que escreve como particular, como também na sua qualidade de oficial público. A carta que o oficial superior, sem solenidade de forma, e como faria nm particular, escreve ao oficial seu subordinado, para lhe confiar um encargo, para o repreender, para lhe pedir uma informação, é sempre um escrito particular, não obstante quem o escreveu o ter feito na qualidade de oficial público. Nem mesmo o critério subjectivo é consequentemente um critério exacto.

Para encontrar o critério exacto é necessário começar por observar que um escrito não pode considerar-se público, senão quando faz fé perante todos; isto é, não só perante as partes mas perante qualquer terceiro. Ora, atendendo-se a isto, e atendendo-se a que só pode fazer fé perante todos os cidadãos, o escrito que tem uma forma que se julga capaz de inspirar esta fé pública, e destinada a este fim pela lei; atendendo-se a tudo isto, vê-se claramente que o critério exacto determinativo da natureza pública do escrito é o critério *formal*. É público unicamente o escrito que o oficial público exara segundo uma forma destinada pela lei a inspirar a fé pública; todo o outro escrito é particular. E é necessário acrescentar que a forma legal só dá carácter de público a nm escrito, *quando* é destinado a inspirar a fé pública.

Explico-me: suponhamos o caso em que nm indivíduo, tendo previamente redigido um escrito, faz autenticar pelo notário a assinatura que põe nêle; a autenticação do notário não é desti-

nada a inspirar a fé pública senão quanto a verdade da assinatura: a autenticação, como acto público, deve portanto entender-se dentro destes estreitos limites, e não de outro modo.

Repetindo: o critério objectivo do *interesse público*, a que o escrito se refere, não tem valor algum para determinar a publicidade do escrito; o critério subjectivo da *qualidade de oficial público* na pessoa que o escreve, não é critério bastante; o único critério exacto é o *formal*, isto é, o critério da forma legal em que o escrito é redigido.

Mas este critério formal, por um lado é considerado subordinadamente ao critério objectivo do *destino a fazer fé perante todos*, pois que nem toda a forma legal determina a natureza pública do escrito, mas aquela forma legal que é destinada a inspirar a fé pública; e por outro lado, arrasta, como subordinado a si, o critério subjectivo da qualidade de oficial público em quem o escreve, por isso que a lei não poderia confiar a cidadãos particulares o uso de formalidades destinadas a inspirar a fé pública; o emprego destas formalidades não pode ser deixado ao dispor da primeira pessoa que se apresenta, e é por isso sempre confiado a um oficial público; e escrito público, consequentemente, só o pode baver com intervenção do oficial público.

Sob o ponto de vista desta noção, exposta rapidamente, mas com a maior clareza que soubemos, se se quisésse formular uma definição de acto público em geral, defini-lo-íamos assim: é acto público o acto em forma legal, quando esta se destina a fazer fé perante todos, passado pelo oficial público no exercício das suas funções.

É esta a noção de escrito público em geral. Mas dissemos que os escritos públicos se especializam em duas subclasses. Todos os escritos públicos só são tais emquanto fazem fé perante todos; e está nisto a identidade genérica dos escritos públicos. Mas há escritos públicos que, pelas garantias de credibilidade que apresentam, têm uma tal eficácia probatória, que não podem ser impugnados livremente; para os impugnar é necessário um processo especial, o incidente da falsidade: são estes os escritos

*autênticos*. Escritos há, ao contrário, que não fazem mais que inspirar simplesmente a fé pública, e podem ser impugnados livremente, com qualquer prova: êstes outros são os escritos públicos não *autênticos*. Para exprimir o conceito diferencial por meio de uma fórmula breve, pode dizer-se que há escritos que *impõem* a fé pública, e chamam-se *autênticos*, e há escritos que não fazem mais do que *inspirar* a fé pública, e denominam-se *não autênticos*. Um oficial que *impõe* a fé pública por meio de qualquer acto seu, praticado segundo formalidades legais, é o notário: os seus escritos, exarados segundo uma fórmula legal, são todos autênticos; pelo que sob o ponto de vista da sua eficácia probatória, êle pode ser considerado como o oficial público por excelência. Os outros oficiais públicos só *impõem* a fé pública quanto a alguns actos determinados, que ficam, assim, sendo os seus únicos actos autênticos. Como por exemplo, o oficial de diligências quanto à notificação de actos judiciais e extra-judiciais; o escrivão quanto à acta de um julgamento; o oficial do registo civil quanto aos actos do estado civil; e assim por diante. Exceptuando os casos determinados, todos os actos praticados pela generalidade dos oficiais públicos segundo uma fórmula legal e no exercício das suas funções, são actos públicos, sim, mas *não autênticos*.

Não obstante a distinção teòricamente clara entre actos públicos autênticos e não autênticos, na prática encontram-se freqüentemente graves dificuldades para definir em concreto se um acto deve, ou não, considerar-se como autêntico; e isto, porque falta um critério positivo nesta matéria. Na verdade, parece-nos que competiria à lei determinar concretamente *quais as solenidades formais* que devem tomar-se como características da *autenticidade* dos escritos. As legislações, porém, não só não teem feito isto, como antes teem tornado mais obscura a matéria por meio de definições inexactas. Assim, não me parece certamente ser para louvar o art. 1315.º do nosso Código Civil, que, querendo definir acto *autêntico*, isto é, o acto que não pode ser impugnado sem arguição de falsidade, chama-o simplesmente acto *público*, com manifesta falta de precisão, que levaria à suposição

de que só devem considerar-se como actos públicos os autênticos. Recapitulando, há três espécies de escritos: escritos públicos *autênticos*, que fazem fé perante todos até serem argüidos de falsos; escritos públicos *não autênticos*, que fazem fé perante todos até livre prova em contrário; e escritos *particulares*, que só fazem fé perante as partes.

Os Romanos tinham uma análoga classificação dos escritos, inspirada também na sua diversa eficácia probatória. Chamavam instrumentos *públicos*, os exarados perante os *scribi* ou *tàbelioni*, e depositados nos arquivos (*insinuati*); e faziam fé plena. Chamavam *quasi publici*, os instrumentos exarados pelos próprios *scribi* ou *tabelioni*, mas não *insinuati*; e não faziam fé plena. £ por fim os instrumentos *privati*.

Mas, não podemos abandonar êste assunto sem ulteriores considerações.

Não obstante o que temos dito anteriormente, em relação à classificação dos escritos, as noções das várias classes não nos parecem ainda cientificamente determinadas. Falamos de actos públicos autênticos, que impõem a fé pública, de actos públicos não autênticos, que a inspiram sòmente, e de actos particulares que nem a impõem, nem a inspiram; mas não determinamos *relativamente a que* se refere esta maior ou menor fé que se atribui aos actos. E necessário determiná-lo, e para isso ocorre em primeiro lugar ver em que consiste a verdade dos escritos.

A verdade, em geral, de um escrito consiste em três condições :

1.º Correspondência entre o que aparece escrito e o que se escreveu;

2.º Correspondência entre a pessoa que aparece a assinar, quer intervindo simplesmente no acto, quer escrevendo-o, e a pessoa que na realidade o assinou sòmente, ou o assinou e escreveu;

3.º Correspondência entre o que se acha escrito e o que do escrito resulta como existente, ter sucedido ou ter sido dito.

Examine-se, pois, sob todos os aspectos a verdade do escrito, e ver-se há que ela se concretiza sempre na verificação das três

condições por nós expostas, como, ao contrário, a falsidade do escrito se concretiza em elas se não verificarem, quer singular quer cumulativamente.

As duas primeiras condições, isto é, a correspondência entre o que aparece escrito e o que se escreveu, e a correspondência entre a pessoa que aparece como tendo-o assinado e a que realmente o assinou, constituem, cumulativamente reunidas, a *verdade extrínseca* do escritor; verdade extrínseca em que assenta propriamente o que se denomina *genuinidade*.

A genuinidade não é mais do que, para nós, a verdade externa do escrito: é genuinidade o estado de conformidade real entre o escrito e o modo como saiu das mãos do autor a quem se atribui, e a sua pertinência a êste; é genuíno o escrito que foi feito, tal qual se apresenta, pelo autor a quem se atribui. Mesmo quando o escrito tenha por conteúdo afirmações que não são verdadeiras, êste defeito de verdade intrínseca não destrói a sua genuinidade; não obstante as afirmações não verdadeiras, o escrito será sempre genuíno, se corresponde à verdade externa. É êste, segundo nos parece, o sentido logicamente determinado, que deve dar-se à palavra *genuinidade*; e sentíamos necessidade de determinar o que entendíamos por genuinidade, por isso que nos parece ter a ciência a obrigação de determinar, tanto quanto possível, o sentido das palavras que emprega, especialmente quando se encontra em face de uma palavra que, como a de genuinidade, costuma geralmente empregar-se com um significado indeterminado, incerto, e muitas vezes falso. Não determinando o sentido das palavras que emprega, a ciência cai em dissertações vãs: as faltas de determinação geram a confusão, e esta, êrros.

As duas primeiras condições, portanto, juntamente cumuladas, constituem a verdade extrínseca do escrito, e consequentemente a sua genuinidade.

A primeira condição, singularmente considerada, isto é, a correspondência entre o que aparece escrito e o que se escreveu, constitui em particular a *verdade gráfica do texto*, entendendo por texto tôda a parte do escrito que não seja a *assinatura*.



E vice-versa, a falta desta primeira condição constitui a *falsidade gráfica do texto*.

A segunda condição, singularmente tomada, isto é, a correspondência entre quem aparece assinando o escrito e quem o assinou realmente, constitui a *verdade de quem o escreve*; quer por êste o ter assinado indicando a sua verdadeira e própria pessoa de firmante, quer por a sua verdadeira assinatura não se mostrar falsificada por outros. Vice-versa, a falta desta segunda condição constitui a *falsidade da pessoa*; quer porque quem o escreveu lhe pôs uma firma que não indica a sua verdadeira pessoa, quer porque a assinatura, originariamente verdadeira, tenha sido posteriormente falsificada por outrem. A propósito desta condição falamos, pois, de pessoas *que assinaram*, porque quando a pessoa que compareceu não tenha sido determinada pela firma, mas pela simples menção do oficial público, esta determinação não respeita à verdade extrínseca, mas à verdade intrínseca, a que se refere a terceira condição que passamos a examinar.

Dissemos que a terceira condição em que se concretiza a verdade do escrito, é a correspondência entre o que se acha escrito e o que do escrito resulta como existente, ou como tendo sucedido, ou tendo sido dito. Ora, é a verificação desta condição, que constitui a verdade *intrínseca* do escrito em tôdas as suas formas. Esta verdade intrínseca pode referir-se a factos que se mostrem verificados *na sua materialidade* por quem o escrever e então tem-se especialmente a verdade intrínseca *material*, isto é, relativa a uma materialidade verificada; ou pode referir-se a *ideias* não verificadas por quem o escreve na materialidade de factos reais, e então tem-se em especial a verdade intrínseca *ideológica*, isto é, referente a ideias não verificadas na materialidade de factos reais. Consequentemente, na feita de verdade intrínseca material ou ideológica, dá-se naturalmente a falsidade material ou ideológica. Esta distinção é da máxima importância.

No acto autêntico é verdade material, o que aparece verificado na sua forma de ser material pelo oficial público, como o

desembôlso de uma soma, ou a doação a favor de uma pessoa, que se declara terem-se realizado perante ele, e à data era que se afirma ter-se lavrado o acto. Assim, pois, quando o oficial público, tendo tido sob os olhos o original de um documento, afirma tê-lo reproduzido fielmente em cópia autêntica, a verdade da cópia como tal, isto é, a sua conformidade com o original, é uma verdade material; e é sem razão, conforme muito bem observa Garrara, que alguns teem querido encontrar na infidelidade da cópia uma falsidade *ideológica*. A cópia verdadeira é uma coisa material que tem conformidade com outra coisa material, e materialmente verificada, qual é o original; a sua verdade, portanto, só pode ser material. A cópia falsa, ao contrário, consiste na disformidade entre uma coisa material e outra coisa material; a sua falsidade consequentemente não pode ser, do mesmo modo, senão material. O que entendemos pois por verdade ou por falsidade ideológica a propósito de cópia? Em geral, tudo o que se afirma como verificado pelos sentidos do oficial público, é verdade material.

Nos actos autênticos é verdade *ideológica* a que se não mostra verificada pelo oficial público, como a declaração de um débito ou de um crédito, que o notário põe em um testamento,, confiando na palavra do testador; como, em geral, tôdas as declarações das partes emquanto ao seu conteúdo. Êste conteúdo das declarações, emquanto não é verificado como *facto real* pelo oficial público, não é para ele mais do que uma ideia: é, por isso, na falta desta verdade imaterial, que deve fazer-se consistir propriamente a falsidade ideológica, como afirma logicamente Carrara. E para completar esta noção, parece-nos dever acrescentar-se ainda, que deve considerar-se como *ideológica* não só a verdade ou falsidade das declarações das partes, emquanto ao seu conteúdo, mas também a verdade ou falsidade das declarações do próprio oficial público, por isso que enunciam, não um facto por ele verificado, mas uma *opinião* sua, mais ou menos deduzida dos factos.

Do que temos vindo a dizer para determinar quando a verdade e a falsidade intrínseca do escrito devem ser consideradas

como *materiais*, e quando devem ser consideradas, ao contrário, *ideológicas*, resulta claramente que a consideração das espécies em que se divide a verdade intrínseca, se é da máxima importância, sob o ponto de vista do crime especial de falsidade, para os escritos públicos em geral, e mais especialmente para os escritos autênticos, perde, ao contrário, importância relativamente aos escritos particulares. À falsidade do escrito particular não atende senão à forma *externa*, não havendo no particular a obrigação *jurídica* de dizer *coisas verdadeiras*; juridicamente, só lhe incumbe a obrigação de não assumir *formalidades externas faltas* de verdade. A falsidade do escrito particular, como crime especial, é apenas *externa*. A falsidade do escrito público pode, ao contrário, ser tanto *interna* como *externa*. E, sempre pelas noções anteriormente expostas, a falsidade interna dos escritos públicos não pode ser senão *material*, porquanto não pode atribuir-se como crime ao oficial público ter reproduzido fielmente as declarações reais das partes, embora estas declarações sejam falsas no seu conteúdo, ou ter emitido sinceramente uma opinião própria, comquanto errônea e inoportuna. Não fazemos mais do que declarar: não é aqui o lugar próprio para nos difundirmos em considerações sobre a verdade do escrito relativamente ao que constitui crime de falsidade. Queríamos apenas mostrar por que é que a consideração da verdade intrínseca nas suas duas espécies, a material e a ideológica, só possui toda a sua importância relativamente aos escritos públicos, perdendo-a, ao contrário, relativamente aos escritos particulares. £ voltemos ao nosso ponto de vista, que é o da verdade do escrito, considerada em relação com a diversa eficácia com que é provada pelos escritos.

Dissemos que nos escritos autênticos é verdade intrínseca *material* a que se refere a uma *materialidade* verificada pelo próprio oficial público, e é verdade intrínseca *ideológica* a que se refere a *ideias* não verificadas na materialidade de factos reais. Ora é lógico que o oficial público tenha autoridade privilegiada para atestar emquanto à verdade intrínseca materialmente verificada; mas ó absurdo que a tenha emquanto à verdade intrín-

-seca, que se não verifica materialmente. Por outro lado, não pode admitir-se a fé privilegiada relativamente a uma qualquer verdade intrínseca de um escrito, não se admitindo previamente a fé privilegiada na sua verdade extrínseca: seria absurdo pretender conceder fé privilegiada ao conteúdo de acto, quando se considerasse como lícito duvidar da sua legitimidade intrínseca. Por estas considerações fica determinado aquilo a que deve referir-se a fé privilegiada do acto autêntico; o acto autêntico faz fé plena, até se dar arguição de falsidade, emquanto à verdade *externa*, e emquanto à verdade *interno-material*; não emquanto à verdade intrínseco-ideológica.

Gomo a *genuinidade*, sob o ponto de vista probatório, é a *crença na verdade extrínseca* do escrito, assim também a *autenticidade* é a *crença na verdade extrínseca e intrínseco-material* do escrito.

Passemos agora a falar do objecto a que deve logicamente referir-se a fé atribuída aos actos públicos *não autênticos*, e da força com que deve referir-se-lhe. Dissemos anteriormente, que os actos públicos *autênticos* diferem dos *não autênticos*, emquanto os primeiros *impõem* a fé pública, e os segundos simplesmente a *inspiram*, e vimos também agora qual o objecto, a que o acto autêntico impõe a fé pública. Será relativamente o objecto idêntico que o acto público não autêntico *inspirará* simplesmente a fé pública? Vejamo-la.

Parece-nos, em primeiro lugar, fora de dúvida que a diferença de fé deve referir-se à verdade *intrínseco-material*. O que aparece verificado materialmente pelo oficial público em um acto *autêntico* não pode ser impugnado, se não se recorre ao incidente de falsidade; o que se mostra verificado, ainda que seja materialmente, pelo oficial público, em um acto público *não autêntico* pode ser impugnado livremente, por qualquer meio de prova, sem ser necessário recorrer à arguição e ao processo da falsidade: até aqui não há dúvidas. Mas esta diferença de fé atribuída ao acto público, conforme se apresenta autêntico ou não, deverá estender-se também à sua verdade extrínseca? Não nos parece isto lógico. Vimos que um acto não pode de modo algum

ser caracterizado como público, quando não fôr acompanhado de formalidades legais, destinadas a atribuir-lhe mais ou menos fé\* pública. O acto público não autêntico também se apresenta por isso com formalidades legais destinadas a inspirar fé a todos os cidadãos. Ora, eu sei compreender que, enquanto as maiores garantias de credibilidade, que acompanham o acto autêntico, se consideram de natureza a não deixarem abalar a fé no seu conteúdo material senão por meio de processo de falsidade, as menores garantias de credibilidade, que acompanham o acto público não autêntico, consideram-se, ao contrário, de natureza a permitir que se combata a fé no seu conteúdo material por meio de simples provas em contrário. Esta diferença parece-me lógica e natural relativamente à diversa eficácia segundo a qual o acto, conforme é autêntico ou não, inspira fé na sua verdade interna; mas não me parece igualmente lógica e natural relativamente à verdade externa.

Se o acto público não autêntico não impõe a fé pública, de todo o modo, pela sua simples qualidade de público, inspira-a. Ora, como pode dizer-se que um acto deva, por si mesmo, pela sua natureza formal, inspirar fé a todos os cidadãos, quando dêste acto é lícito impugnar livremente até a legitimidade extrínseca? Qual a base sobre que deve assentar a fé pública atribuída a um acto, quando se tira a certeza da sua verdade extrínseca, ou genuinidade, se assim se lhe quer chamar? As formalidades legais que acompanham o acto público não autêntico, podem ser logicamente julgadas não suficientes para *imporem* a fé pública enquanto ao conteúdo material, mas devem ao menos ser consideradas suficientes para *imporem* a fé enquanto à verdade extrínseca do acto; de outra forma perdem todo o seu valor. Compreendo que se possa impugnar livremente o conteúdo de um certificado passado por um síndico, acto público não autêntico, **por** qualquer meio de prova, mostrando a sua inexactidão, mas não me parece igualmente lógico que se possa com igual liberdade combater a sua *verdade extrínseca*. Quando se vem alegar que aquele certificado é passado por pessoa diversa, quando se vem dizer que o selo municipal é falso, quando se vem dizer que a assinatura 6

uma imitação bem conseguida por um falaário, então parece-me um excesso a liberdade da prova; e julgo mais lógico a obrigação de o argüir de falso. Admitindo-se isto, ter-se-ia consequentemente esta graduação de fé entre acto público autêntico e não autêntico: o acto público autêntico, como já dissemos, faz fé até à arguição de falsidade, emquanto à verdade extrínseca e emquanto à verdade intrínseco-material; o acto público não autêntico, em vez de fazer fé até livre prova em contrário tanto para a verdade extrínseca como para a intrínseca, faz fé até á arguição de falsidade emquanto à verdade extrínseca, e até livre prova em contrário relativamente à verdade intrínseco-material.

Parece-me lógico, sòmente, admitindo-se que o acto público não autêntico deve fazer fé até à arguição de falsidade emquanto à sua genuinidade, parece-me lógico, dizia, não nos contentarmos com a *simples assinatura* do oficial público, como sendo formalidade legal suficiente para servir de base à natureza pública do acto. Seria necessário exigir como indispensável qualquer outra formalidade, taxativamente prescrita pela lei, e sem a qual, não se considerando bem estabelecida a qualidade do acto público e do seu fim de fazer fé, se podêsse impugnar livremente mesmo a verdade extrínseca. E na verdade, desde que um acto se deve considerar como público, desde que êle deve inspirar fé a todos os cidadãos, contentar-se com a simples assinatura, é muito pouco. Para que um acto funcione como público, a razão das coisas faz sentir a necessidade duma formalidade qualquer, que não seja comum aos actos particulares, e que num golpe de vista a distinga dêstes.

Relativamente aos escritos *particulares*, que, como tais, não apresentam razão alguma formal para inspirar, e muito menos para impor, a fé pública, ó necessário fazer uma consideração. A um escrito particular pode por vezes acumular-se um acto público; ora, êste acto é considerado como público *restritamente ao objecto a cuja prova se destina*, mantendo-se, todo o resto, objecto do escrito particular, que não impõe nem inspira fé pública. Assim, a um escrito particular pode juntar-se e ligar-se o *reconhecimento de assinatura* por parte do notário, ou o registo na

repartição para isso destinada. Ora, tanto o reconhecimento da assinatura, como o registo, são actos autênticos, passados pelo oficial público competente a fim de se *impor* a fé pública, um limitadamente à verdade da *firma*, o outro restritamente à verdade da *data*. O escrito, emquanto ao resto, continua a não inspirar fé pública, ficando confiado à fé particular, e podendo ser reconhecido ou impugnado, livremente por aquele, contra quem é produzido.

### CAPÍTULO III

#### Documentos escritos em especial

No primeiro capítulo desta Secção, apresentando a noção de documento, vimos que nem todo o escrito é documental, e que os escritos que são tomados como documentais, pela sua qualidade de não poderem ser reproduzidos oralmente, reduzem-se a quatro classes: escritos autênticos, escritos anti-litigiosos, escritos casuais dos interessados na causa, e testemunhos escritos de pessoas que já não podem reproduzi-los oralmente devido a condições supervenientes. Agora convém fazer uma referência particular a cada uma destas classes, afim de esclarecer e precisar a sua natureza, para concluir pela determinação do seu valor particular em matéria probatória penal. Vamos proceder a êste estudo o mais rapidamente possível.

#### I — *Escritos autênticos*

Sabemos já o que são os escritos autênticos. Sob o ponto de vista probatório, são provas que não é permitido impugnar livremente por provas em contrário; são provas destinadas a *impor* a tôdas as consciências, compreendendo a dos magistrados, a fé no seu conteúdo, fé que só pode ser abalada por meio do incidente de falsidade.

Atribuindo a lei a êstes escritos uma eficácia probatória tal, que não permite prova oral sôbre o seu conteúdo por parte de

alguém, compreendendo os sinatários, a não ser que se recorra ao processo de falsidade; segue-se daqui que êstes escritos são verdadeiros documentos, por quanto o critério legal se opõe à sua reprodução oral. Resta-nos agora ver, se esta espécie de documentos tem razão de ser, e que razão de ser tem, em matéria de prova penal.

Falando da prova em geral, em matéria penal, afirmamos e justificamos a regra da liberdade objectiva das provas: de prova alguma, dissemos nós, deve a lei predeterminar de modo fixo a eficácia probatória; a toda a prova deve poder-se livremente opôr outra prova, a livre investigação da verdade não deve ter obstáculos. Em juízo penal tem-se era vista alcançar a certeza substancial, isto é, correspondente à realidade das coisas, e não a formal, que é fictícia; deve estar-se convencido naturalmente da criminalidade, isto é, pela eficácia natural das provas, para se proferir uma sentença condenatória; e não pode esta basear-se sobre uma ficção da lei. Tudo isto foi por nós afirmado, apresentando as suas razões, desde o princípio desta obra, e tem sido em seguida, no seu curso, continuamente afirmado e desenvolvido; e tudo isto leva a rejeitar do campo das provas em matéria penal as provas legais em geral, e os escritos autênticos em especial. Mas se a regra da liberdade objectiva das provas conduz logicamente à exclusão dos documentos autênticos, emquanto à verificação do facto criminoso, tanto intencional como material, não tem, ao contrário, razão para os excluir, quando se trate da verificação de meras relações civis, que ocorrem também em juízo penal.

Sabemos que não há crime sem que o facto externo do homem tenha violado um direito. Segue-se daqui que falando de crime é necessário, além do seu objecto material, atender ao teu objecto ideal, consistente no direito violado <sup>1</sup>.

Êste direito violado é, muitas vezes, um direito civil, isto é, um direito cuja existência e cuja protecção se acham confiadas

<sup>1</sup> Veja-se **Parte iii**, cap. ii: *Prova directa em especial*.



às leis civis. Ora um direito civil só existe quando se pode provar civilmente: e, por isso, desde que a existência do direito civil, que se diz violado pelo crime, é posta em dúvida, é necessário verificá-la; para essa verificação terão aplicação as regras civis<sup>1</sup>, e os documentos autênticos terão em matéria penal toda a força que teem em matéria civil, e só poderão ser impugnados por meio da arguição de falsidade. Assim, se em um processo por bigamia se quisésse impugnar a verdade do acto autêntico comprovativo do primeiro matrimónio, seria necessário recorrer ao incidente de falsidade; e seria necessário recorrer também a êle, se em um processo por furto se quisésse impugnar a verdade do acto autêntico comprovativo da alienabilidade de coisa.

Quando se trata, pois, da verificação de relações meramente civis, os documentos autênticos terão em matéria penal toda a força que teem em matéria civil. Perderão esta força, e poderão ser impugnados por qualquer prova em contrário, quando se trate da verificação de intenção e do facto material do crime: em matéria estritamente penal, não deve haver obstáculos à descoberta da verdade, como também não deve haver vínculos para o livre convencimento do juiz. e consequentemente as provas autênticas não teem razão de ser.

No vértice da escala das provas, existe, mesmo em juízo penal, um acto autêntico que as reúne a todas: é o auto dos debates. E é lógico que assim seja, para que as provas não fiquem continuamente expostas aos sopros da dúvida. O auto representa o fastígio do cúmulo probatório, sobre o qual assenta a certeza livre e substancial do juiz: da certeza do juiz aparece como base o auto do debate público; auto, que não é tanto a prova do delito, quanto a prova, final e cumulativa, do desenvolver público e judicial das provas do delito. É a última meta das provas, e é necessário subtraí-la a dúvidas, se se quer obter a respeitabilidade e a incontestabilidade da coisa julgada.

<sup>1</sup> Veja-se, para o completo desenvolvimento desta teoria, na Secção i da Parte v, o cap. ix: *Limite probatório derivado das regras civis de prova*.

Mas o auto que tem força de acto autêntico, como afirmação do que se passou quanto à produção das provas em juízo, terá a mesma força como a *prova original do crime* cometido em audiência?

Este problema, que não tem importância alguma prática quando o magistrado perante quem o crime é cometido julga sem recurso, torna-se importantíssimo quando o magistrado não é chamado para o seu julgamento, ou dêle julga em primeira instância. Nêstes casos, perante o magistrado superior que deverá julgar em primeira ou em segunda instância, deverá prestar-se fê absoluta ao auto que atesta o crime? Não poderá o acusado provar contra o auto, sem o arguir de falso? Não há quem não veja a importância do problema.

Parece-me que o auto dos debates, acto autêntico emquanto à verificação das provas colhidas ou das formalidades observadas em juízo, já não tem razão para valer como acto autêntico para tudo o mais. Forque deveria o auto dos debates ter uma força probatória privilegiada de autenticidade, mesmo quanto à verificação do crime, se não fôsse por ter sido redigido por um oficial público? Mas então qualquer outro auto passado por um oficial público deveria ser um auto autêntico, sòmente impugnável pelo incidente de falsidade; então não falamos maia da certeza moral « abrimos os braços às ficções da certeza legal.

A verdade do que dizemos mostra-se mais claramente quando >o crime cometido em audiência, e de que se trata, se acha completamente fora da esfera do juízo em cujo auto se suponha verificado. Mas reduz-se a isto mesmo também a hipótese de um crime que, ligando-se por relação de causalidade ao julgamento que se está realizando, se vem incluir, direi assim, nêsse julgamento, e é exarado no auto dêstes. O advogado ou o acusado no decurso do julgamento procedem, suponhamos, a vias de facto contra as têtemunhas da causa, por motivo desta. Não é difícil ver também que nesta hipótese o auto dos debates, na parte em que atesta o novo crime, é sempre estranho ao julgamento particular, que se realiza, porquanto o que determina e individualiza o julgamento é a acusação; e a acusação do crime cometido em

audiência é tão alheia ao julgamento durante o qual o supomos cometido, que forma o objecto de um outro julgamento.

Mas pode supôr-se pròpriamente o caso de o auto atestando o novo crime ser precisamente o destinado ao seu julgamento particular em primeira instância. Pode supôr-se, por outros tẽ-

mo s, que, enquanto os magistrados e o escrivão se acham no seu posto na sala de audiência se cometa na própria sala, na sua presença, um crime, e que dêste crime a lei autoriza a julgar imediatamente em primeira instância, e as investigações relativas ao novo crime fiquem, assim, inseridas no próprio auto que se destina ao seu julgamento particular. Ora, mesmo nẽste caso, é incontestável que o auto do escrivão não pode ter fõrça de acto autêntico senão enquanto é auto do debate, isto é, enquanto não faz mais do que atestar a parte formal do novo julgamento, os actos nẽle sucedidos, e as provas nẽle produzidas.

Tudo quanto em sua substância é observação directa dos factos criminosos por parte do escrivão, ainda que se encontre consagrado em um acto autêntico, qual é o auto dos debates, ainda mesmo de um delito diverso dêste, não pode contudo considerar-se de modo algum como afirmado autenticamente por ãle; nesta parte, a sua afirmação é uma afirmação oficial, que pode ser livremente contestada como qualquer outra afirmação oficial-

O facto criminoso, repetimo-lo, nunca pode, nem poderá, ser provado por meio de actos autênticos. Suponhamos, porém, que um delito foi cometido no cartório de um notário perante o notário e tẽstemunhas, e que o notário, official público por excellência, cujos actos redigidos em devida forma são autênticos, teve a fantasia de constatar aquele delito por meio de uma escrita autenticamente redigida, assinada pelas tẽstemunhas que se achavam presentes; terá acaso o acusado necessidade de propor o incidente de falsidade contra ãste acto, para combater o seu conteúdo, e provar a sua inocência? De modo algum! não tem necessidade disso; actos autênticos nẽste sentido, não os há nem os pode haver: não podem ser nunca autorizados pela lei, porque não são pela razão, a dar fõrça autêntica a um escrito destinado a provar o facto criminoso.

II—*Escritos anti-litigiosos*

O homem duvidando da memória alheia e por vezes também da sua, e, principalmente, duvidando da boa fé alheia, gosta muitas vezes de reduzir a escrito, para que não sejam postos em dúvida, os factos civis passados entre ele e outrem: quem fez um pagamento, pede que se lhe passe um recibo; quem mutuou, uma soma, quer que seja reduzido a escrito, particular que seja, o facto contratual da soma mutuada e das condições do mútuo; e nas administrações públicas, como nas comerciais, registam-se todos os actos cuja memória é necessário conservar. Todos estes escritos são lavrados para estabelecer a verdade, garantindo as partes, ou uma só delas, da possibilidade de futuras controvérsias; e por isso parece-me exacto denominá-los *anti-litigiosos*. Estes escritos, comquanto não sejam autênticos, constituem uma classe de documentos, cuja impossibilidade de reprodução oral deriva, não de um critério legal, mas de um critério lógico.

Aquele que, fazendo um pagamento, pede que a pessoa a quem pagou lhe passe um recibo; aquele que, emprestando uma soma exige do mutuário um escrito atestando este facto; não faz mais do que prevenir-se contra a possibilidade de erros de memória ou de má fé alheia. Nêstes casos, o escrito surge como uma prova, completa em si, que se pretende substituir à palavra mentirosa do homem; a sua razão de ser está precisamente em que receando confiar na fé alheia, e na própria memória, ou na de outrem, contrapõe-se aos possíveis desvios da verdade e da precisão desta memória e daquela fé, a prova escrita, como prova permanente, completa em si mesma, e não sujeita aos perigos receados da memória enganadora e da sua fé. Posto isto, pela própria génese destes escritos, mostra-se claramente que seria absurdo, no caso de se apresentar um recibo para provar a verdade da soma paga, ou de se apresentar o contracto escrito para provar a verdade da soma emprestada, seria absurdo, digo, mesmo quando tais escritos fôsem apresentados em juízo penal, dizer àquêles que os apresentam: não sabemos que fazer dos

vossos escritos; para a recta formação do nosso convencimento precisamos do testemunho oral daquele a quem pagastes, ou a quem mutuastes. Seria bem absurdo, repito, dizer isto, pois que, quando se trata de escritos anti-litigiosos, de escritos redigidos para evitar os enganos da palavra, é o próprio escrito que se apresenta logicamente como uma prova natural, como prova em si completa e independente da produção oral da prova.

Existindo um testemunho escrito e Tício afirmando, supo-nhamos, o facto criminoso de que foi espectador, é lógico, em vista do que dissemos a propósito do testemunho, que não se permita a sua leitura nos debates públicos, e que êle seja intimado a apresentar-se aí a fim de prestar o seu depoimento oral; e se, pelo que também dissemos ao falar de produção oral, fôsse necessário, para esclarecer as divergências que o depoimento oral tem do depoimento escrito, ler êste, o escrito, que se lê, funciona apenas como um acessório, destinado a avaliar o testemunho oral, que é a prova principal e natural. Mas se, ao contrário, se apresenta em juízo um escrito anti-litigioso, como o recibo de um pagamento, como o contracto de mútuo, como o registo público de uma administração, seria ilógico desprezar a sua lei' tura. Um tal escrito, pela sua natureza, é prova completa em si mesmo; e tendo lugar mesmo em juízo penal a intervenção oral de quem o escreveu, é esta intervenção oral que é acessória da prova escrita, e não vice-versa. Sempre que se trate de escritos anti-litigiosos, a prova principal, natural e lógica da verdade dos factos, é o próprio escrito; e a palavra de quem o escreve só acessoriamente se reúne a êle para avaliar a verdade *do escrito*, e não para o substituir como prova natural *dos factos*. Por outros termos, apresentada uma prova escrita anti-litigiosa para comprovar um facto, a palavra de quem a escreveu não deve considerar-se senão subordinadamente ao escrito, funcionando como prova natural *da prova*, e não como prova natural *do facto provado*.

O escrito anti-litigioso, consequentemente, é só por si, mesmo em matéria penal, uma prova legítima pessoal; e a sua forma escrita é forma natural, que se não pode substituir pela pro-

dução oral: com razão pertence, pois, aos documentos, constituindo uma classe especial dêles.

Nesta classe especial compreendem-se também duas espécies particulares, que convém distinguir.

Há escritos anti-litigiosos que são passados por uma parte à parte contrária, em garantia desta: a esta espécie pertence o recibo que, quem recebe, passa a quem paga; a esta classe pertence também o contracto de mútuo, que, quando em um só exemplar, é entregue pelo mutuário ao mutuante, e se em duplicado é pelo mutuante entregue ao mutuário e dêste àquele, em garantia dos seus direitos recíprocos. Êstes escritos que se passam à parte contrária, são os escritos anti-litigiosos por excelência, e teem, comquanto não autênticos, uma eficácia probatória dificilmente contestável.

Há também uma outra espécie de escritos anti-litigiosos: são os escritos que a parte redige e conserva em seu poder, a fim de se precaver contra a possibilidade de dúvidas e controvérsias; e a esta espécie de escritos pertencem os registos de administrações, e por disposições especiais de lei, inspiradas pelas necessidades do comércio, também os registos das administrações comerciais. Êstes registos, pondo de parte os fins administrativos, teem também o fim probatório de produzir a verdade, prevenindo dúvidas e controvérsias: devem consequentemente e são, portanto, equiparados aos escritos anti-litigiosos pròpriamente ditos.

Emquanto aos registos públicos de administrações, se bem que não autênticos, contudo, atendendo ao oficial público que os redige, e às formalidades e às verificações administrativas, que os acompanham, compreende-se que devam apresentar uma grande fôrça probatória; fôrça probatória máxima, quando êstes registos são destinados a fazer prova contra a própria administração pública a que pertencem.

Emquanto aos registos comerciais, compreende-se que êles, à parte as disposições das leis comerciais, sob o simples ponto de vista da lógica, teem a máxima fôrça quanto à prova contra o comerciante a quem pertencem, a fôrça mínima quanto à prova a seu favor.

Os registos possuídos eventualmente por um particular, não podem ter força para prevenir as controvérsias. E se os registos, os apontamentos e as contas do particular, são por vezes chamados a figurar, ainda que com força mínima, entre as provas, eles figuram não como escritos anti-litigiosos, pois que não possuem uma tal força, mas sim, qualquer que seja o caso, como escritos casuais, a que se atribui um simples valor de indício, e de que passamos agora a falar.

### *III - Escritos casuais das interessados na causa*

São escritos casuais, os que nem foram redigidos para prevenir controvérsias, nem destinados ao fim do julgamento que se debate, tendo a razão da sua existência fora disso. À *casualidade* dos escritos deve consequentemente ser considerada relativamente ao julgamento: os escritos são casuais, emquanto não se mostram redigidos para servir no julgamento.

O acusado em uma carta dirigida a um amigo confessa o seu delito, ou revela um indício: eis um escrito não dirigido ao fim da causa, um escrito casual. Este escrito casual, que eventualmente se apresenta à acusação, é lógico ser lido em juízo, confrontando-o com o interrogatório do acusado: trata-se de uma confissão escrita e extra-judicial, com todas as suspeitas inerentes a esta espécie de confissões, e de que falamos em outro lugar.

O acusado, mesmo quando culpado, pode ao contrário, naquela carta, declarar-se inocente, ou afirmar eventualmente um indício da inocência.

Estamos sempre em face de um escrito casual: e se a defesa reclama a sua apresentação em juízo, deve logicamente admitir-se também a sua leitura, confrontando-a e esclarecendo-a sempre com o interrogatório do acusado. Mas, dizer-se há, neste caso, tratando-se de um escrito em próprio favor, ele deve suspeitar-se de mentira. Mas que se conclui daí? Sob o mesmo ponto de vista, não são acaso, ainda mais suspeitas as palavras que o acusado profere no julgamento público? E como não é uma razão suficiente para se impedir que o acusado fale, a suspeita que se

tem na sua palavra; assim também não será uma razão suficiente e suspeita que se tem quanto ao que êle escreve, para não deixar que se leia o escrito em que êle expõe a sua vida fora do juízo. Ter-se há presente a hipótese de que o escrito aparentemente casual tenha, ao contrário, sido destinado ao fim da causa, levar-se há em conta esta suspeita, que, geralmente falando, é mais ou menos grave segundo a índole do escrito de desculpa e a ocasião em que foi feito; atender-se há, repito, a esta suspeita, como tôdas as suspeitas inerentes às provas imperfeitas; mas será levado em conta para dar o justo valor ao escrito causal, e não já para o excluir do campo das provas.

Dêste escrito, feito pela mão do acusado, pode tirar-se vantagem para a descoberta da verdade, não só a favor do próprio acusado, como também contra êle; é mais uma porta aberta à verdade.

Para nós, nem todo o escrito casual constitui *documento*: só constituem documento os escritos casuais dos *interessados na causa*. Porque assim? Porque só então os escritos casuais são, por uma razão de lógica, oralmente irreproduzíveis. Vejamo-lo.

O escrito casual do interessado na causa pode ser ou em sua vantagem ou em sua desvantagem. Se o escrito pelo seu conteúdo se apresenta como prova em desvantagem de quem o escreveu, na sua casualidade determinante está a *origem exclusiva* do escrito, e não é lógico aspirar à sua reprodução oral. Se o escrito pelo seu conteúdo se apresenta como prova em desfavor de quem o escreve, tôda a sua *fôrça probatória* assente em ter sido determinado pela casualidade; e compreende-se ainda, que, fazendo-o reproduzir oralmente em juízo e com destino ao julgamento, a fôrça probatória do conteúdo já não é a mesma. É claro, conseguintemente, que o escrito casual, quando pertencente ao interessado na causa, já não pode logicamente, ser substituído pela produção oral. Consideremos assim mais particularmente a palavra do acusado que a do ofendido, relativamente ao julgamento penal.

Se o conteúdo da declaração escrita casual do acusado lhe é contrária, compreende-se facilmente que êle, sob a ameaça de



uma pena iminente, terá uma repugnância natural em repeti-lo oralmente: o acaso tinha-o determinado a uma declaração que só para aqnêlo caso teve vida; mas, em vista do julgamento e em face dêste, é natural que o acusado não queira reproduzi-la. Não é portanto lógico, por isso que não é natural, aspirar nesta hipótese à reprodução oral. Pode, contado, dar-se o caso de o acusado, extraordinariamente, em conformidade com o escrito, querer depor oralmente contra si mesmo. Mas que se conclui disto ? Estamos sempre em face de um facto excepcional que não destrói a regra: ó sempre verdade que, tanto nêste como nos outros casos, não é lógico, atendendo aos impulsos ordinários, esperar-se a reprodução oral, e con seguintemente também não é lógico fechar as portas ao escrito como prova. Se a reprodução oral, se bera que não lògicamente atendida, teve realmente lugar, tanto melhor. A apresentação da confissão escrita em juízo não será nociva: cumular-se há com a confissão oral, e esta lucrará com aquela, como meio de contra-prova; e haverá sempre grande necessidade de contra-provas em uma matéria tão exposta a dúvidas e com tanta falta de apoio, como ó a confissão.

Se, pois, o conteúdo da declaração casual escrita pelo acusado lhe é favorável, compreende-se que reproduzindo-a êle oralmente, essa declaração oral feita por motivo de julgamento é considerada como um meio de defesa, inspirado pela sua posição. E, por isso. a declaração do acusado em seu favor, que tem uma certa força probatória quando determinada pelo acaso, perde essa sua força quando determinada pela necessidade da defesa judicial; e, portanto, como se vê, também nesta hipótese a reprodução oral é ilógica.

É assim que, tanto em própria vantagem, como em sua desvantagem, o escrito casual do acusado não pode lògicamente ser substituído pela reprodução oral, e por isso é *documento*.

Passemos agora aos escritos casuais do ofendido. Se uma declaração casualmente escrita pelo ofendido é favorável ao acusado, êle não estará, em regra, naturalmente disposto a reproduzi-la oralmente tal e qual. O acaso tinha-o levado a fazer aquela declaração; mas em face de uma luta judiciária em que

o acusado é o seu adversário ele será também levado inconscientemente a alterá-la, ou pelo menos, a alterar-lhe a significação.

Se pois a declaração escrita casual do ofendido é contrária ao acusado, a sua reprodução oral já não terá o mesmo valor probatório, porquanto mostrar-se há mais facilmente inspirada por aquele estado de luta que é natural entre quem foi vítima de um crime, e quem se acha acusado como autor dêle; estado de luta, que tem a sua forma mais aguda quando eles se encontrarem em face um do outro, no julgamento público. Poderá dizer-se que quando o ofendido, mesmo anteriormente ao julgamento, conhece o seu ofensor, mesmo antes disso o ódio fala nêle, tornando, assim, sempre suspeita a sua declaração contrária, escrita. Admitimo-lo, e é necessário atender a isto; mas não pode negar-se que o ódio já existente desde o momento do crime é aguçado e reforçado pela luta judiciária, e pela esperança duma próxima vingança, e que por isso são sempre maiores as suspeitas da animosidade do ofendido contra o acusado no julgamento oral.

Os escritos casuais do ofendido, quer a cargo, quer a favor do acusado, não podem, pois, logicamente ser substituídos pela sua produção oral, e por isso são também documentos.

Não é pois inútil observar que, se quanto aos escritos casuais do acusado e do ofendido, os declaramos irreproduzíveis oralmente por razões lógicas, e conseqüentemente dizemos dever admitir-se a sua produção em juízo em forma escrita, isso não impede que devam avaliar-se, confrontar-se e integrar-se por meio da forma oral do interrogatório.

Emquanto aos escritos casuais de terceiro, não há pois razão alguma que se oponha à sua reprodução oral: tem a sua força probatória na casualidade, acham-se ligados de tal forma ao caso, que logicamente não pode esperar-se a sua reprodução oral desinteressada no julgamento público. Conseqüentemente sendo sempre logicamente possível a reprodução oral destes escritos, não podem, considerar-se como documentos, capazes só por si de serem apresentados em juízo.

E digo: *só por si*, porquanto dentro dos limites racionais,

estabelecidos a propósito da produção oral, pode ser autorizada, por quem disso tenha direito, a apresentação em juízo de notas, apontamentos, registos dum terceiro, mas sempre *acessorariamente ao seu depoimento oral*; como quando, sendo difícil reter na memória o conteúdo desses escritos, eles se produzem para despertar as recordações da testemunha, sendo assim produzidos em auxílio do testemunho oral, e acessoriamente a êle <sup>1</sup>.

IV — *Testemunhos escritos*  
*de quem já os não pode reproduzir oralmente por condições*  
*materiais ou psíquicas a eles inerentes*

É esta, já o dissemos, a última classe de documentos: há testemunhos escritos que não podem reproduzir-se oralmente por impossibilidades relativas à pessoa física ou moral da testemunha.

Quando a testemunha, de quem existe o depoimento escrito, morreu, desapareceu ou enlouqueceu, a sua declaração escrita não pode ser reproduzida oralmente por uma impossibilidade material ou psíquica, e torna-se um verdadeiro documento, cuja leitura se admite, como a de qualquer outro escrito probatório não susceptível de ser reproduzido oralmente. I Relativamente a estes testemunhos, que já não podem reproduzir-se oralmente, apresentam-se duas hipóteses: podem achar-se reproduzidos em um escrito público, ou em um escrito particular. Enquanto aos escritos particulares contendo um testemunho, enquanto à hipótese, não facilmente realizável, de a testemunha, que já não pode ser interrogada, ter anteriormente escrito, sem mais nada, sobre uma folha de papel o seu depoimento, que agora se apresenta em juízo; enquanto a estes escritos compreendem-se facilmente que não possam ter importância probatória. Tais escritos, quer provenham de uma testemunha de primeiro grau, quer de segundo, não apresentam, só por si, garantia alguma de autenticidade; e querendo proceder-se à sua verificação falta o

1 Veja-se o Capítulo a da Secção precedente: *Produção oral da prova*.

principal meio para o fazer, faltando na hipótese que apresentamos, a possibilidade moral ou material de interrogar a pessoa que os escreveu. Atendendo a isto, compreende-se como a importância desta quarta classe de documentos só existe relativamente à hipótese do testemunho se achar\* reduzido a um escrito público.

Um oficial público reduz a auto as verificações a que procedeu pessoalmente: aquele auto é um testemunho oficial, escrito, de primeiro grau, e tem uma grandíssima importância probatória, como vimos, falando de testemunho de terceiro. Ora, se este oficial vem a morrer, ou se se torna impossível interrogá-lo, o seu testemunho reduzido a auto é um verdadeiro documento em sentido próprio.

Outra hipótese. Instaura-se uma instrução: o juiz instrutor inquirir as testemunhas, e colhe os seus depoimentos orais, que são reduzidos a auto; e estes autos ficam no processo, como escritos públicos não autênticos. Se a testemunha interrogada vem a morrer, eis que não resta mais do seu depoimento senão um escrito público, insusceptível de ser reproduzido oralmente, e por conseguinte documental. Mas é necessário fazer aqui uma distinção. A testemunha inquirida pelo juiz instrutor pode ter assinado, ou não, o auto da sua inquirição. No primeiro caso, quando ela o tenha assinado, o auto apresenta-se como um depoimento original escrito pela própria testemunha em presença do juiz instrutor e do escrivão, que, juntando a sua assinatura, dão àquele depoimento escrito a forma de auto público, cuja autenticidade se presume. Neste primeiro caso, parece natural, que, tendo-se findado a testemunha, não há mais a fazer do que recorrer ao seu depoimento escrito. Mas, no segundo caso, quando a testemunha não assina, porque não sabe ou não pode, então, na realidade, o auto que fica no processo não passa de um testemunho de segundo grau, um testemunho oficial escrito, que refere o depoimento oral prestado. Com o auto do interrogatório, o juiz instrutor e o escrivão não fazem mais do que referir simplesmente, comquanto com exactidão, uma coisa que ouviram dizer. Parece, pois, que, sendo o juiz instrutor uma testemunha imediata, ele poderia

citar-se para **depor** oralmente, devido à impossibilidade de inquirir a testemunha originária. Mas, se se atender a que tanto o juiz instrutor, como o escrivão, não podem recordar-se do conteúdo de todos os depoimentos orais prestados perante eles, e considerando-se era que o auto da inquirição, tendo sido escrito imediatamente, oferece maior segurança de ser o espelho fiel do depoimento oral; se se atende, a que, tanto o juiz instrutor como o escrivão, na sua qualidade de oficiais públicos, destinados a recolher os testemunhos, oferecem os maiores requisitos de credibilidade relativamente ao que referem; atendendo-se a tudo isto, parece lógica e natural aquela espécie de ficção jurídica, segundo a qual o auto de investigação, não assinado pela testemunha, deve considerar-se como tendo sido assinado por ela; e parece lógico e natural que, ficando-se esta, já se não chame para depor o oficial público que colheu o seu depoimento oral, mas se recorra antes à leitura do auto escrito, como a uma afirmação pessoal que já não pode ser reproduzida oralmente.

Aos autos de inquirição em geral acha-se por isso ligado um motivo infirmativo a que deve sempre atender-se. Quem não sabe assinar, e quem sabe apenas assinar, costuma usar, e compreende-se, uma linguagem diversa da daquele que inquire; daqui a origem de equívocos que falseiam a verdade intrínseca dos autos de inquirição.

Muitas vezes a uma pergunta, não entendida no seu verdadeiro sentido, o interrogado dá uma resposta bem diversa da que teria dado tendo-o compreendido. Muitas vezes também é o interrogante que entende e traduz mal na linguagem escrita as respostas em dialecto do interrogado. Tanto no primeiro como no segundo caso o auto é infiel e o depoimento é falseado. Isto explica como por vezes testemunhas de boa fé, no julgamento público, negam ter afirmado o que resulta do auto do seu inter-

rogatório. O juiz instrutor deverá por isso empregar toda a diligência, para que a testemunha entenda o que se lhe pergunta, e exprima claramente o que depõe. E para êsse fim deverá evitar os interrogatórios feitos à pressa, e não se deixar vencer pelo amor da linguagem elevada. Às frases no dialecto da testemu-

nha, que não podem ser bem traduzidas, devem ser escritas tal e qual nos autos do interrogatório; a verdade terá sempre que lucrar com isso.

#### CAPÍTULO IV Avaliação

##### concreta dos documentos

Falando do testemunho em geral, vimos que para a sua avaliação é necessário ter presentes três espécies de critérios: critérios subjectivos, critérios objectivos e critérios formais. Convém repetir aqui uma observação já feita noutro lugar. Tanto os critérios subjectivos como os critérios objectivos são critérios genéricos, relativos ao testemunho *emquanto é afirmação pessoal*; e por isso tem valor não só para o testemunho, mas também para toda a prova pessoal e consequentemente também para o documento.

Desde o momento em que se crê nas causas pela fé na pessoa, compreende-se que se deve ter tanto mais razão para crê nas coisas, quanto maior é a crença de que a pessoa que atesta não se engana, e não quer enganar. Esta consideração tem igual eficácia tanto para a afirmação oral, como para a afirmação escrita das pessoas; e é nesta consideração que se fundam os critérios subjectivos de avaliação.

Assim, pois, desde que é pelas afirmações da pessoa que se crê nas coisas afirmadas, compreende-se também facilmente, que o diverso *conteúdo*, mais ou menos crível por si mesmo, destas afirmações servirá para nos inspirar maior ou menos fé nas coisas afirmadas. Esta consideração tem igual força tanto para a afirmação oral, como para a afirmação escrita das pessoas; e é nesta outra consideração que consistem propriamente os critérios objectivos de avaliação.

Tanto os critérios subjectivos como os objectivos, por nós expostos a propósito do testemunho, tem, consequentemente, a sua aplicação também a propósito do documento. Não o repetiremos ; mas remetemos o leitor para o que dissemos a esse respeito.

Mas, se os critérios subjectivos e objectivos de avaliação, referindo-se a toda a afirmação pessoal, servem tanto para o testemunho como para o documento, já assim não é relativamente aos critérios formais. Os critérios formais de avaliação do testemunho não são critérios genéricos, relativos a toda a afirmação pessoal; são critérios específicos, relativos ao testemunho enquanto é testemunho; e por isso não podem valer para o documento. O carácter formal específico do testemunho está na possibilidade da sua produção oral; o carácter formal específico do documento é o escrito: com esta diferença fundamental de forma, como seria possível haver identidade de critérios formais para a sua avaliação ?

Sé podem ser comuns os critérios de avaliação, que quanto referindo-se à forma, por um lado, se referem, por outro, ao conteúdo. Assim, a clareza e precisão da linguagem, sendo um critério de avaliação, que por um lado se refere à forma e pelo outro ao conteúdo, enquanto se refere intimamente ao conteúdo da afirmação pessoal, entende-se que é um critério que tem também eficácia quanto ao documento. Seja de que espécie for a afirmação pessoal, ela terá sempre tanto mais valor quanto maior for a precisão e a clareza que apresentar nas suas afirmações. Mas à parte estes critérios mixtos, os critérios puramente formais não podem ser os mesmos para os testemunhos e para o documento: não os critérios que se referem propriamente à forma da *afirmação* testemunhal, porque a forma do testemunho é oral, e a do documento é escrita; não os critérios que se referem ao modo de se comportar da *pessoa que faz a afirmação*, porquanto não podem eles ter igual aplicação ao autor do documento, por isso que a testemunha deve, em regra geral, comparecer pessoalmente, e o documento, em regra geral, exclui a presença do seu autor em juízo. Os critérios de avaliação puramente formais, por nós expostos a propósito de testemunho, não tem, consequentemente, igual aplicação à avaliação do documento.

Para avaliar o documento quanto à forma é necessário atender a outros critérios, que se fundam na consideração da sua forma específica, que é a forma escrita.

Em primeiro lugar, sob o ponto de vista da forma, é importante para a avaliação do escrito documental, que este seja um original e não uma cópia. Na cópia podem intervir variações, que mudem o significado do documento; e essas variações podem verificar-se, não obstante a boa fé do copista, quer pela pressa, quer pela falta de atenção ao copiá-lo; especialmente quando a cópia foi escrita era uma época em que se não previa a importância futura que ela viria a adquirir posteriormente. Em matéria penal, não pode pois aplicar-se, de um modo absoluto, a regra civil que equipara o valor probatório das cópias autênticas ao dos originais. Mesmo quando em juízo penal é legítima a força probatória do documento autêntico, mesmo então, do momento em que nascem dúvidas sobre a cópia, deve sempre, sem mais nada, admitir-se a exibição do original; pois que em matéria de prova penal é absoluta e incontestável a regra de que o juiz não deve basear-se em uma prova inferior e controvertida, quando lhe é possível obter uma prova superior e mais perfeita. Em juízo penal nunca devem opôr-se obstáculos à produção da melhor prova, porquanto se deve ter sempre em vista, como a um fim supremo, fazer com que a certeza subjectiva corresponda o mais possível à verdade objectiva.

Sob o mesmo ponto de vista da forma, é também importante para a avaliação do escrito documental a sua *integridade*. Um escrito íntegro terá sempre uma eficácia probatória maior que a de um escrito truncado; porquanto o escrito, a que falta uma parte, dá lugar a convicções errôneas que conduziriam a juízos errados.

Em terceiro lugar, todo o escrito documental, para ter a sua eficácia probatória, deve ser apresentado sem viciação alguma aparente. As rasuras, as entrelinhas, os aditamentos, mostrando o escrito viciado, tiram-lhe todo o seu valor probatório.

Finalmente, terá importância, como critério formal da avaliação do escrito, a semelhança ou dissimilhança do seu carácter, com o do pretenso autor. Conforme o carácter de um escrito pareça ser, ou não, o do pretenso autor, o escrito será tomado como genuíno ou não genuíno.



Mas dêste critério da semelhança de carácter teremos ocasião de tornar a falar dentro em pouco.

A» considerações precedentes referem-se aos escritos documentais em geral.

Emquanto, pois, aos documentos públicos em particular, é necessário atender àquêles sinais materiais que lhes atribuem a publicidade; e a lei faria uma obra muito útil determinando, por forma a não originar equívocos, quais as determinações formais segundo as quais o documento deve ser tomado como autêntico, ou segundo as quais o deve ser como simplesmente público.

A propósito de actos públicos não autênticos, repetirei aqui, em parêntesis, que não me parece lógico contentarmo-nos unicamente com a assinatura do oficial público, como formalidade legal suficiente para servir de base à publicidade do acto. Seria necessário prescrever taxativamente, como indispensável, uma qualquer solenidade formal, sem a qual nunca se deveria falar de publicidade. Pode ser que me engane, mas não posso compreender como é que um acto deve por razões formais funcionar como acto público, inspirado, assim, fê a todos os cidadãos, sem ter o cunho de qualquer formalidade não comum aos actos particulares, que num golpe de vista, e ordinariamente com segurança, o distinga dêstes. E fecho o parêntesis.

Sempre que se trata de actos públicos, autênticos ou não, provenientes de oficiais estrangeiros, será sempre, por isso, necessário um exame prévio, para verificar se êles possuem ou não as formalidades exigidas pela lei do país em que foram escritos, podendo em cada país variar as formalidades exigidas para atribuir a publicidade ao acto.

Anteriormente, falando de escritos em geral, dividimo-los em escritos autênticos, escritos públicos não autênticos, e escritos particulares, e determinamos o diverso valor probatório de cada uma destas classes. Ora, devendo o escrito documental pertencer necessariamente a uma destas três classes, êle assumirá, sob o ponto de vista específico, o seu valor probatório respectivo, apresentando maior ou menor valor relativamente à classe a que pertence.

MM, qualquer que seja a classe a que o escrito documental pertença, êle poderá ser sempre impugnado, se bem que (e já o vimos bem precedentemente), segundo a sua diversa espécie forma), poderá por vezes ser livremente impugnado, e por vezes, para a sua impugnação poderá ser necessário o incidente de falsidade. Diferença esta que se resolve nesta outra: emquanto ao documento livremente impugnado, bastará tornar duvidosa a sua veracidade, para que perca eficácia probatória; emquanto ao documento unicamente impugnável por meio de arguição de falsidade, não basta a dúvida para lhe tirar eficácia probatória; é indispensável a certeza da sua falsidade.

Levantando-se dúvidas sobre a verdade de um documento, quais são em geral os caminhos principais e ordinários que conduzem à sua verificação?

Em primeiro lugar, apresenta-se-nos o intêrrogatório da pessoa que o escreveu. Êste intêrrogatório é o primeiro caminho aberto para a descoberta da verdade, e é da máxima importância; porquanto o presumido escritor sendo intêrrogado, não só impugnará ou reconhecerá o escrito como próprio, o que é logicamente o ponto de partida para a verificação do escrito, mas estará muitas vezes à altura de tornar conhecidos os meios que podem conduzir à verificação da verdade: êle poderá muitas vezes indicar as fontes a que pode recorrer-se para obter outras provas que confirmem a sua asserção. Em matéria de escritos particulares, o reconhecimento expresso e judicial, por parte do seu autor [contra quem é produzido, terá, dentro de certos limites, um valor decisivo para a verdade do escrito. E digo: dentro de certos limites, por isso que em matéria penal, o reconhecimento da firma posta sobre um escrito não pode equivaler ao reconhecimento do seu conteúdo. Mesmo quando verdadeira, a assinatura pode ter sido captada, confundindo o escrito de que se trata com outro escrito que o sinatário firmou à pressa; mesmo quando verdadeira, a assinatura pode ter sido feita para fim diverso, sob uma fôlha em branco, que dolosamente se aproveitou para o escrito apresentado; mesmo quando verdadeira, a firma podia achar-se casualmente sobre uma fôlha de papel, de que outrem se pode

ter apossado, enchendo-a em seguida com a escrita que se apresenta. Em matéria penal, o reconhecimento da firma não inclui consequentemente o reconhecimento do conteúdo. E é necessária acrescentar ainda, que mesmo o reconhecimento da autografia de todo o escrito não tem tôda a sua fôrça corroborante, se êle não está completo: é necessário não só reconhecer se a escrita é do próprio punho, mas recordar-se também de tê-la feito.

Reconhecer como letra própria, a de um escrito de que se não tem memória, substancialmente não é mais do que afirmar a *semelhança* de letra: é um argumento de probabilidade, e não» de certeza.

A verdade do escrito pode, em segundo lugar, ser estabelecida por meio do testemunho das pessoas que ouviram falar dêle, ou que se achavam presentes à sua feitura, ou que nêle participaram, ou conhecem a letra do presumido autor; e êstes testemunhos, segundo o seu diverso conteúdo, terão naturalmente maior ou menor eficácia probatória. Assim, as têtemunhas podem afirmar ter ouvido o presumido autor declarar ser o verdadeiro autor; e nêste caso as têtemunhas terão por conteúdo uma confissão extra-judicial, com todos os defeitos de credibilidade que lhe são inerentes. As têtemunhas podem também afirmar que, tendo conhecimento da letra do pretendido autor do documento, reconhecem, ou não, aquela letra no escrito em questão; e nêste caso os testemunhos não podem ter grande valor probatório, sendo coisa difficílissima julgar com segurança relativamente a quem pertence uma dada letra; coisa difficílissima não só para as têtemunhas comuns, como também por vezes para os peritos. As têtemunhas podem, além disso, afirmar terem assistido à feitura do escrito, comquanto o não tenham subscrito; e um tal depoimento tem geralmente grande eficácia probatória, a favor da verdade do escrito.

Podem, finalmente, afirmar a verdade do escrito as mesmas têtemunhas, que o subscreveram; e o seu depoimento tem eficácia probatória máxima ou mínima, segundo a natureza da impugnação da verdade do escrito. Quando se tenha deduzido arguição\* de falsidade contra um escrito, afirmando-se que o notário e a»

têstemunhas, de acôrdo, o redigiram simulando a intervenção do queixoso, e imitando a sua assinatura, compreende-se que a afirmação das têstemunhas que o subscreveram, só por si, não pode ter importância probatória a favor da verdade do escrito que se impugna.

O terceiro meio, para verificar a verdade de um escrito que é controvertido, é a comparação das letras, por parte dos peritos, juntamente com a observação directa dos próprios juizes. Sempre que o documento é impugnado radicalmente, na sua vida externa; sempre que se impugna não só a verdade intrínseca, mas até a verdade externa, ou seja a autenticidade do escrito, é indispensável recorrer-se ao confronto da letra. Mas esta matéria acha-se facilmente sujeita a êrros não só da parte dos juizes, que não teem competência alguma especial, mas até da parte dos peritos.

A arte da verificação da escrita não tem regras fixas e infalíveis ; e até o perito mais hábil pode cair em êrro. Se, por um lado não é fácil duas letras assemelharem-se, por acaso, perfeitamente ; por outro, a habilidade de um falsificador pode atingir um tal grau de perfeição, que induza em êrro qualquer indivíduo, mesmo os mais hábeis. O parecer dos peritos sôbre a verificação da escrita não tem consequentemente mais do que uma eficácia probatória limitada, não excluindo a possibilidade do contrário; é um parecer de probabilidade, não de certeza; é uma opinião pessoal dos peritos, que pode corresponder mais ou menos à verdade, mas que não tem o direito de se impor à consciência do juiz, de modo que êste tenha absolutamente de o seguir. Nunca serão de mais, nesta matéria, as precauções, afim de não cair em êrro. É necessário atender especialmente aos *escritos* para *confronto* que se submetem ao exame dos peritos. E necessário, não só, estar-se bem certo da sua autenticidade, mas procurar obtê-los, tanto quanto possível, contemporâneos do escrito que se verifica, não esquecendo que a letra, com o decorrer do-tempo, sofre variações. E quando se não tenham êstes escritos, deve recorrer-se, para obter um, ao processo de ditar ao presumido autor do escrito em questão; será sempre melhor que êle



escreva sem suspeitar o fim a que se destina a sua escrita, afim de não procurar alterá-la; e será sempre melhor fazer com que êle escreva as palavras a que se atribui maior importância no escrito a examinar. Mas basta a êste respeito, porquanto estas considerações pertencem mais pròpriamente à arte das provas.

## SECÇÃO TERCEIRA DA QUINTA PARTE

### Prova material

#### CAPÍTULO I

Prova material, **sua natureza**, sua credibilidade abstracta e suas espécies

Sabemos que o sujeito da prova não pode ser senão uma *pessoa* ou uma *coisa*. Sempre que se fala de prova, ou se fala de uma pessoa que afirma ou de uma coisa que atesta: a prova ou é uma afirmação de pessoa ou de coisa, por outros termos, ou é pessoal, ou real.

Estudando as formas por que pode exteriorizar-se a atestação de uma pessoa, vimos que elas se reduzem a duas, à forma testemunhal, e à forma documental; e do testemunho e documento, espécies formais da atestação pessoal, já tratamos nas duas Secções precedentes dêste livro.

Cabe-nos agora falar das formas por que pode exteriorizar-se a afirmação de coisas.

Antes de mais nada é necessário recordar que, se a afirmação pessoal pode ser prova original ou não original, conforme refere as percepções de quem afirma, ou os dizeres de outrem, a afirmação real, ao contrário, não pode considerar-se senão como uma prova original, a não ser que se queira desconhecer a sua verdadeira natureza. Com efeito, as *coisas* só podem, como tais, fazer afirmações submetendo-se na sua inconsciência à observação imediata do juiz; e então, a prova real é original. Se, não supondo as coisas observadas imediatamente pelo juiz, elas se

supõem observadas por outra pessoa que vem depois atestar ao juiz, então, emquanto à consciência dêste, a que devem referir-se tôdas as provas cuja natureza judicial se quer determinar, já não se tem uma prova real, mas sim uma prova pessoal, porquanto o juiz, nesta hipótese, se acha em face de uma pessoa que afirma, e não de uma coisa que atesta. Ora, desde que a não originalidade da prova real se não poderia verificar senão na hipótese supracitada, isto ó, quando a afirmação real é um conteúdo da afirmação pessoal; e desde que na hipótese supracitada não se tem mais do que uma prova pessoal, segue-se portanto que provas *reais* não originais não as há, e que tôda a vez que se fala de prova real em sentido específico, se entende sempre falar de prova *real original*.

Pôsto isto, a prova real, emquanto é original, não admite senão uma única forma de exteriorização possível: a apresentação da própria coisa que atesta na materialidade das suas formas. Eis, pois, a única espécie formal probatória, em que se exterioriza a afirmação real, espécie que nos parece bem indicar com a denominação de *prova material*, com referência à materialidade directamente percebida pela coisa que afirma, e em que assenta pròpriamente a prova. Àquela mesma prova, consequentemente, que em outra parte denominamos *real*, considerando-a sob o ponto de vista do sujeito de que emana, é por nós aqui chamada *material*, considerando-a sob o ponto de vista das formas em que se concretiza a sua função de prova.

A prova material consiste, portanto, em uma materialidade que, apresentando-se à percepção directa do juiz, lhe serve de prova. Mas esta noção não é por si completa; não serve para distinguir nitidamente a prova material, espécie única formal da afirmação de coisa, do testemunho e do documento, que são as duas espécies formais da afirmação pessoal.

Na prova documental, não há acaso a materialidade do escrito que, apresentando-se à directa percepção do juiz, lhe serve de prova? E no próprio testemunho, não existe porventura a materialidade oral, que é percebida directamente pelos sentidos do juiz, servindo-lhe de prova? É, pois, necessário um cri-

tério distintivo que sirva para determinar quanto a materialidade, que é directamente submetida ao juiz, constitui prova material, e quando não é mais do que um modo de apreciação da prova pessoal.

Emquanto às materialidades não directamente produzidas pela pessoa, não se levantam dúvidas: elas, funcionando como prova, não são e não podem ser senão prova material. A incerteza começa quando se trata de uma materialidade que é directamente produzida por uma pessoa, e que é chamada a funcionar como prova: uma tal materialidade pode ser material, como pode ser uma das espécies da prova pessoal. Qual o modo de distinguir a sua natureza probatória?

Há dois critérios de distinção. O primeiro critério que determina a prova material é a *inconsciência* da materialidade produzida pela pessoa. A própria manifestação do pensamento exteriorizada em uma materialidade externa, se é *inconsciente*, dá lugar a uma prova material, e não pessoal. Sem consciência não há senão uma *coisa*, mesmo na parte espiritual da pessoa, e por isso a manifestação material do próprio fenómeno espiritual por parte da pessoa, quando é inconsciente, não se reduz senão a uma exteriorização fatal do próprio fenómeno; e esta exteriorização material e fatal nunca pode ser uma afirmação de pessoa, por isso que a natureza específica da afirmação pessoal assenta na consciência da própria manifestação. Consequentemente sempre que uma pessoa revela inconsciente e materialmente o seu estado de espírito e os seus pensamentos, esta manifestação material e inconsciente, sendo chamada a funcionar como prova, não constitui senão uma prova material. A palidez, o tremor, até o gesto que escapa ao acusado na inconsciência do ímpeto, não são mais do que provas reais emquanto ao sujeito, e materiais emquanto à forma. A própria palavra que, em regra, é destinada às manifestações conscientes do espírito, quando excepcionalmente é inconsciente, não pode constituir senão uma prova material. As palavras proferidas em estado de delírio, o escrito redigido em estado de sonambulismo, não são formas de afirmação de pessoa, porquanto a pessoa não



pode, como tal, fazer afirmações sem a consciência do que diz e escreve: aquelas palavras inconscientes, aquele escrito inconsciente não são senão a exteriorização material de um estado de espírito, que pode ser nada menos que uma aberração e uma enfermidade; aquelas palavras inconscientes e aquele escrito inconsciente, quando, como manifestações materiais de fenômenos espirituais, são chamadas a servir de prova, não constituem mais do que provas materiais. Na generalidade das provas materiais trata-se das modificações materiais percebidas sobre as coisas; nesta espécie trata-se de modificações espirituais percebidas, através da materialidade de uma palavra articulada ou escrita, na pessoa. Mas que se conclui disto? Tanto em um, como em outro caso, as modificações espirituais, como as corporais, revelam-se do mesmo modo em uma materialidade concreta inconsciente, submetida à percepção do juiz. Suprimam-se as diferenças acessórias de manifestações derivadas da diversa natureza dos sujeitos, pelas quais o sujeito espiritual tem necessidade de exteriorizar as suas modificações para as tornar patentes, e o sujeito material apresentá-las há já clara e nitidamente; e, à parte esta diferença, dada a inconsciência da manifestação das modificações espirituais, teréis sempre para estas, como para as modificações corpóreas, a mesma natureza de prova material: manifestações todas elas material e inconscientemente oferecidas pelos seus sujeitos à percepção, e que entram, por isso, na classe das provas materiais.

A *inconsciência*, eis, pois, o primeiro critério que distingue a prova material do testemunho e do documento. Mas não basta; outro critério distintivo há também.

Não obstante a consciência, a palavra e o escrito devem também caracterizar-se quanto à prova material, sempre que são levados em conta, não emquanto podem fazer *fê da verdade dos factos afirmados* pela pessoa que fala ou que escreve, mas emquanto fazem *fê da própria existência* como materialidade constitutiva do crime, ou a êle conducente. Sempre que a palavra articulada e a palavra escrita são uma exteriorização da acção criminosa, e são consideradas como tais, não podem constituir

senão prova material. Nos crimes que consistem na palavra articulada ou escrita, esta não se apresenta já em juízo como uma afirmação pessoal *destinada a fazer fé da verdade dos factos afirmado*»; e por isso não pode considerar-se como prova pessoal, testemunhal ou documental. A palavra injuriosa e a palavra ameaçadora, quando pronunciadas em audiência e consideradas como imputáveis, o libelo difamatório, o documento falsificado, a carta de ameaça, a queixa e a denúncia escrita falsas, quando se produzem em juízo como factos imputáveis, não são mais do que provas materiais, por isso que representam a concretização material do crime, e não a simples afirmação pessoal de *nin facto*, destinada a fazer fé dêle. A palavra como som ou como escrito, não é em tal caso senão o meio de concretização material do crime.

Mas a palavra é uma prova material não só no caso em que representa a *consumação* material do crime, mas também quando ela não representa senão um acto anterior à sua consumação e conducente, univocamente ou não, a ela. Sabe-se que a prova material, como tôdas a espécies formais de prova, pode ter o conteúdo de prova directa ou indirecta. Os casos anteriormente mencionados, de palavra constitutiva do crime, são casos de prova material directa. Mas casos há também de prova material indirecta, consistente na palavra. A propósito de escrito de ameaça, por exemplo, o que significa o seu rascunho encontrado em poder de alguém? Sob o ponto de vista do conteúdo é uma coisa diversa do delinquente e do delito, que serve para indicar o delinquente: é um indício que se apresenta na sua materialidade sob os olhos do juiz. Ora este indício será porventura um documento sob o ponto de vista da espécie formal? O documento, não deve esquecer-se, é uma prova pessoal; ora, o rascunho não se apresenta em juízo como sendo destinado a fazer fé da verdade do que nêle se acha escrito; e, sem o intuito de fazer fé dos factos afirmados pela pessoa, não há afirmação pessoal, roas afirmação real. A força probatória daquele rascunho, apresentado em juízo, não está nas ideias que exprime mas na sua *conformidade formal* com o escrito de ameaça, e *na posse dêste*:

aquele rascunho apresenta-se, não como afirmação pessoal, mas como a primeira exteriorização do propósito criminoso, e a sua conformidade com o escrito de ameaça e a sua posse, constituem um facto material que indica no seu possuidor o delin-

qüent  
e; é um vestígio material permanente da acção que se dirige ao delito, e que indica o delinqüente: em conclusão, é uma prova material indirecta.

E eis aqui, pois, o segundo critério que determina quando, -a própria manifestação material do pensamento de uma pessoa, deve ser havido como prova material: a materialidade reveladora do espírito interno será prova material, sempre que *não seja destinada a fazer fé da verdade dos factos nela afirmados*.

E agora completando esta noção, pode dizer-se que é prova material tôda a materialidade que, apresentando-se à percepção directa do juiz, lhe serve de prova, sempre que esta materialidade, quando produzida por uma pessoa, seja inconscientemente produzida, ou mesmo quando conscientemente produzida não é destinada a fazer fé da verdade dos factos por ela afirmados.

E esta a noção que corresponde à natureza íntima da prova material, e que nos dá as diferenças intrínsecas pelas quais ela se distingue nitidamente do testemunho e do documento. Mas não será inútil atender também a uma diferença extrínseca, que nos parece importante, e que se refere ao modo como a prova material, diferentemente das outras espécies formais de prova, se apresenta à percepção do juiz.

Já vimos em outro lugar que na percepção da prova, como tal, tomam parte tanto a razão como os sentidos dos juiz.

Observamos além disso que, sob o ponto de vista do conteúdo da prova, a razão desenvolve diversamente a sua actividade, conforme se trata de prova directa ou de indirecta. Na prova directa a actividade da razão exerce-se sòmente no momento anterior à apreciação da prova. Quando a razão do juiz fixou por meio de argumentos lógicos a credibilidade subjectiva da prova directa, então o seu conteúdo, isto é, o elemento criminoso, é afirmado espontaneamente, directamente, naturalmente, sem esforço algum do raciocínio: dada a veracidade da afirmação directa,

afirma-se naturalmente a verdade do que se atesta. Na prova indirecta, ao contrário, a actividade da razão manifesta-se também, e, principalmente, em um segundo momento. Em seguida a ter fixado a credibilidade da prova, a razão deve passar, por um trabalho do raciocínio, a afirmar a verdade do que é provado : não basta ter-se a convicção da verdade objectiva do facto indicativo, é necessário também, por argumentos lógicos, con-vencer-se da sua concordância objectiva com o facto indicado.

Ora, como emquanto ao *conteúdo* da prova a razão do juiz desenvolve sempre a sua actividade, mas por diversa forma, segundo se trata de prova directa ou indirecta, assim, emquanto à *forma* da prova e à sua percepção, há sempre necessidade dos sentidos do juiz, mas os sentidos teem um objecto diverso segundo se trata de prova material ou do testemunho ou do documento. No testemunho e no documento, que são as duas espécies formais da afirmação pessoal, os sentidos do juiz não percebem senão as *manifestações exteriores da prova*, a voz e o escrito, e não o elemento criminoso, nem o facto indicativo, em si mesmos; na prova material, espécie única da afirmação real, os sentidos do juiz percebem, ao contrário, a *manifestação externa do que é provado*: o elemento criminoso em si ou o facto indicativo em si.

E, em vez de comprovante, considero como *provado* o indício material, por mim chamado facto indicativo, encarando o indício naquilo em que pode ser objecto da prova pessoal.

O indício, com efeito, não pode ser objecto probatório da afirmação pessoal senão emquanto à sua materialidade, constitutiva do facto indicativo. O trabalho do raciocínio, para concluir do facto indicativo ao facto indicado, é sempre exclusivo do juiz, e não pode ser de modo algum objecto da afirmação pessoal. Do indício, só por isso o facto indicativo pode ser directamente *provado* pela afirmação indiciária de uma pessoa, quer seja testemunho quer documento. Quis consequentemente dizer em relação ao indício, que, emquanto ao testemunho e ao documento indiciários, os sentidos do juiz não percebem mais do que a parte externa da prova, a voz ou o escrito que afirmam o facto indicativo, e não o facto indicativo em si; na prova material indiciária,

ao contrário, os sentidos do juiz percebem a própria materialidade do facto indicativo, a exterioridade daquele facto indicativo que *é o que é provado* pela afirmação indiciária da pessoa.

Recapitulemos e concluamos: no caso de prova têtenu-nhal e documental os sentidos do juiz não percebem a exterioridade do que é provado directamente por essas provas, isto é, a exterioridade do elemento criminoso ou do facto indicativo, mas sim, unicamente, a *exterioridade da prova*, isto é, a voz ou o escrito afirmativos do elemento criminoso ou do facto indicativo; na prova material, ao contrário, os sentidos do juiz percebem directamente a *exterioridade do que é provado* pelo testemunho ou pelo documento. Esta consideração dá a medida e a razão da superioridade que a prova material tem sôbre a prova têtenu-nhal e sôbre a documental.

Até aqui temos procurado determinar a natureza da prova material e as diferenças substanciais intrínsecas e extrínsecas, que a distinguem do testemunho e do documento. Agora parece-nos tempo de dizer umas palavras sôbre as razões que nos levam a crêr que as *coisas*, em geral, são capazes de nos conduzir à descoberta da verdade, isto é, de mostrar qual *é* o fundamento genérico de credibilidade sôbre que se baseia, como meio legítimo de certeza, a prova material.

Como a presunção da *veracidade* humana, inspirando fé na afirmação de pessoa, a vai procurar e colher como prova pessoal, nas duas espécies formais do *testemunho* e do *documento*; assim também a presunção da *veracidade* das coisas, inspirando fé na afirmação de coisa, a vai procurar e colher como prova real, exteriorizada na única espécie formal constitutiva de *prova material*. O fundamento, portanto, da credibilidade genérica da prova material é a *presunção de veracidade das coisas*.

A presunção de veracidade das coisas é uma presunção complexa, resultante da acumulação daquelas duas presunções, que em outro lugar chamei de *identidade intrínseca e extrínseca das coisas*.

Chamei presunção de *identidade intrínseca*, aquela pela qual se crê com probabilidade, antes de qualquer outra prova,

que uma coisa seja actualmente, em si mesma, precisamente a que parece ser, pois que ordinariamente as coisas são aquilo que parecem ser; e isto sob a fé da experiência comum. O que se nos apresenta como um pau, presume-se não ser outra coisa que um pau, e não uma arma explosiva.

A presunção, que chamei de *identidade extrínseca* ou de *genuinidade* das coisas, tem pois, como determinei, um duplo conteúdo.

Em primeiro lugar, segundo esta presunção de genuinidade, a coisa, que pelas suas determinações distintivas individuais parece ser a que em certo dia era possuída por Ticio, presume-se ser precisamente essa e não outra; e, em termos gerais, a coisa que pelas suas aparências distintivas mostra ter uma dada relação de pertinência com uma pessoa, com uma época e com um lugar, presume-se ter tido realmente aquela dada relação.

Em segundo lugar, sempre que por esta mesma presunção de genuinidade, se crê, antes de qualquer outra prova, que uma coisa, não tenha, emquanto ao seu modo de ser, emquanto ao local e emquanto ao tempo, sido falsificada maliciosamente pela mão do homem; pois que, geral e ordinariamente, as coisas se apresentam sem estar maliciosamente falsificadas; e isto, também sob a fé na experiência comum. Assim, o punhal que se apresenta manchado de sangue, presume-se estar assim por condições particulares em que naturalmente se encontrou, quer pelo uso que dêle fêz o proprietário, quer por um evento casual; e não ter sido assim maldosamente adulterado pela mão do homem, com o fim de enganar com aquela aparência. Assim, pois, o veneno encontrado no armário de um indivíduo que dêle possui a chave, presume-se ter sido por êle colocado aí, e não dolosamente aí introduzido por obra maliciosa de outrem.

Estas duas presunções das coisas, que denominamos identidade intrínseca e extrínseca, são da máxima importância. Sem elas o espírito humano sentir-se-ia condenado a vaguear em um grande vácuo de sombras e ficções. O mundo externo não se nos revela senão pelas suas aparências; e se o pensamento humano

de tudo o que aparece fisicamente não tivesse, à primeira vista, senão a resolver uma ilusão, um lôgro, ou uma insídia, então desalentado, sentindo-se repellido pelo mundo exterior, não poderia senão duvidar das suas percepções. Perdida tôda a fé na maneira como as coisas se nos mostram, o homem já nem mesmo poderia conservar a fé nas afirmações pessoais; porquanto, a que são chamadas as pessoas a fazer fé senão relativamente à percepção que elas teem das coisas? Nada mais restaria, pois, ao pensamento humano, do que enclausurar-se na solidão da sua consciência, para duvidar de tudo e de todos.

Concluindo, as duas presunções, que chamamos de identidade intrínseca e extrínseca, são os dois elementos de que se compõe a presunção de veracidade das coisas, em que assenta o fundamento genérico e legítimo de credibilidade da prova material. E basta sôbre êste assunto.

Pela noção que apresentamos de prova material vê-se que esta consiste na percepção directa da *coisa que faz prova*, na materialidade das suas formas. Ora esta percepção directa da coisa que faz prova pode verificar-se em duas hipóteses :

1.<sup>a</sup> A coisa que funciona como prova é *transitória*, mas tendo ela vida pròpriamente em juízo, é directamente percebida pelo juiz nas suas formas materiais; como no caso de delito cometido em audiência, como no caso de indício cujo facto material indicativo se produz na audiência, e pertencem a esta última espécie os indícios derivados da conduta material do acusado: palidez, tremor, desmaio, à vista do corpo de delito, etc.

E esta a hipótese de uma *prova material transitória*;

2.<sup>a</sup> A coisa que funciona como prova, e enquanto funciona como prova, é *permanente*, e comquanto as modificações que, a causa do delito, tenha sofrido, ou tenha feito sofrer, se tenham produzido fora do juízo, no entanto pela permanência da coisa probatória, ela apresenta-so assim, como modificada ou como modificadora, na materialidade permanente das suas formas, à percepção directa do juiz.

É esta a hipótese de uma *prova material permanente*.

A prova material é, pois, de duas espécies: transitória ou permanente. A prova material transitória, como se vê à primeira vista, tem uma aplicação e uma importância mais limitadas que a prova material permanente, a que em particular, como em seguida veremos, se referem graves problemas de crítica criminal.

## CAPITULO II

Corpo de delito, sua natureza e suas espécies, enquanto pode ou deve ser objecto de prova material

No capítulo anterior, falando da natureza da prova material, vimos como ela pode consistir tanto em uma materialidade transitória, como em uma materialidade permanente, que se submete à percepção directa do juiz. Ora, toda a materialidade permanente constituirá por ventura, enquanto se refere ao delito, o que se denomina, com a designação escolástica, *corpo* de delito? Vejamo-lo.

Corpo de delito, propriamente, não pode designar senão tudo o que representa a exteriorização material e a aparência física do [delito. Mas a exteriorização material, e aparência física do delito só podem consistir no que, achando-se *imediatamente* ligado à consumação do próprio delito, representa, podemos dizer, a sua figura física. Nem todas as materialidades constituem, portanto, o corpo de delito, mas unicamente as materialidades que se acham imediatamente ligadas à consumação do crime. Só nestas consite

a exteriorização e a individualização material do delito, e só estas representam a sua figura física; aquela figura física, usando de uma linguagem arrojada, denomina-se o *corpo* da entidade jurídica que se chama delito.

Podendo, sob este ponto de vista, a figura física do delito ser representada tanto em factos permanentes como transitórios, poder-se-ia ter a tentação de distinguir o corpo de delito em permanente e transitório. Mas não tendo, aquele que se chamaria corpo de delito transitório, uma particular importância, atender



a êle só serviria para originar confusão. Eis porque a ciência e a prática, concordemente, falando de corpo de delito, só entendem falar do permanente; e é precisamente dêste que também nós nos ocupamos.

Voltando ao que estávamos dizendo, a figura física do delito, o que representa o seu corpo, é constituída pelas materialidades permanentes que se acham imediatamente ligadas à consumação criminosa. Ora, esta ligação imediata podendo ter lugar pela relação entre causa e efeito, segue-se que é corpo de delito tudo o que consiste na materialidade do meio imediato, ou do efeito imediato do delito. E daqui por diante passamos de uma vez a falar de *meio* e de efeito em lugar de *causa* e efeito, por isso que a verdadeira causa do delito, a sua causa moral, está no ânimo do delinqüente, e nós, falando naturalmente de corpo de delito, não entendemos falar desta causa moral. Quando se olha ao delito, como nós o olhamos aqui, no que tem de material, a sua causa material não se encontra senão no que se chama *meio*, emquanto se destina à finalidade da intenção: a linguagem oferece-nos esta palavra mais precisa para exprimir o nosso pensamento, e nós adaptamo-la. Dizendo, pois, meio ou efeito do delito, entendemos dizer: causa material e efeito material do delito.

Concluindo, o corpo de delito assenta, segundo a nossa opinião, nos meios materiais imediatos e nos efeitos materiais imediatos da consumação do delito, emquanto são permanentes, quer acidentalmente, quer por razões inerentes à essência de facto do delito.

Tudo o que, quer como causa, quer como efeito, não tem ligações imediatas com a consumação do delito, será, quando directamente percebido, uma prova material; mas não corpo de delito. Tomemos para exemplo um *meio* não imediatamente ligado à consumação do delito; tomemos um facto puramente preparatório. Tício, querendo lançar-se inesperadamente sobre o seu inimigo e feri-lo, tendo-se postado de vigia sobre o patamar de uma escada, ou em um ângulo de uma rua, receando a luz de um candieiro, quebra-o afim de o apagar: o inimigo passa, e Tício fere-o na escuridão. Àquele candieiro quebrado, que foi um meio

material para a consumação do crime, quando submetido à percepção directa do juiz, será, nos devidos casos, uma prova material de indício: mas não lhe ocorrerá por certo à mente considerá-la como corpo de delito, pois que um tal meio não é causalidade imediata da consumação do crime.

Tomemos agora um *efeito* material, não imediatamente ligado à consumação do delito. Tício, em seguida a ter cometido um crime, ao afastar-se do local da consumação, sente-se perseguido: foge e cai-lhe o chapéu, que fica, assim, nas mãos do perseguidor. Será êsse chapéu, que caiu e foi apanhado, um corpo de delito? De modo algum; êle não é um efeito imediato da consumação do crime: êle só pode, nos casos adequados, ser uma prova material de indício, e nada mais.

A prova material permanente, como qualquer outra espécie formal de prova, pode ser directa ou de indício: a directa é sempre corpo de delito, porquanto consiste sempre em uma materialidade que apresenta a figura física do delito; a indiciária, ao contrário, compreende muitos outros factos não compreendidos pelo corpo de delito.

Fixada assim a noção do que é o corpo de delito, esta mesma noção conduz-nos à determinação das espécies em que êle pode classificar-se. Estas espécies são quatro: três derivados da consideração dos efeitos imediatos do delito, e uma da dos seus meios imediatos. Antes de procedermos à sua análise, para maior precisão, convém observar também que, comquanto o corpo de delito consista sempre em uma materialidade permanente, êle contudo não se restringe unicamente às materialidades permanentes que o delito deve deixar atrás de si *pela sua essência de facto*, mas compreende também as materialidades que são uma *permanência accidental* do delito.

Posto isto comecemos a nossa análise considerando quais são as três espécies que constituem o corpo de delito como *efeito* material imediato.

1.º *O evento material* permanente, em que se concretiza objectivamente a própria consumação do delito: é a materialidade, pela sua natureza, permanente produzida pelo delito, que

forma parte da essência de facto do próprio delito, de forma que este não existe, ou pelo menos não existe na sua gravidade específica, quando aquela não exista.

À esta espécie de corpo de delito pertencem: a moeda falsificada e a nota falsificada, no crime de moeda falsa; o escrito falso, na falsificação de documento público; o escrito injurioso, no libelo difamatório; o cadáver, nos homicídios; os ferimentos, nas lesões físicas; assim como toda a materialidade que é con-

seq  
uência do crime e sem a qual o respectivo delito não pode existir.

Pertencem também a esta espécie de corpo de delito a deformação permanente e a perda de um órgão, derivadas do ferimento: isto é, toda a materialidade produzida pelo delito sem a qual ele nunca pode existir na sua gravidade específica.

2.º *Os vestígios eventuais e permanentes do delito*, que não constituem elemento criminoso, mas que são consequência imediata, ainda mesmo quando simplesmente ocasional, da consumação do delito ou do delito consumado.

Assim, os sinais que ficam sobre as coisas circunstantes na consumação do delito, tais como móveis partidos durante a luta, pegadas durante a luta ou durante a perpetração do furto ou de outros crimes, como roupas do réu no local do crime, e roupas da vítima junto do réu ou em sua casa.

3.º *Os Jactos materiais permanentes que encarnam o prosseguimento do facto criminoso.*

Este prosseguimento do crime não consiste na repetição de vários actos, cada um dos quais represente uma perfeita violação da lei, coisa que, dada a unidade da intenção criminoso, corresponderia à noção do delito *continuado*; mas consiste, antes, em manter vivos os efeitos do delito já consumado, prosseguindo, ainda mesmo quando de um modo negativo, a acção sobre aquela mesma coisa ou pessoa que foi o sujeito passivo da consumação do crime, o que corresponde à noção do delito *que permanece*. São, pois, materialidades permanentes, que encarnam o prosseguimento do facto criminoso, a pessoa ainda presa no cárceres privado em geral, e a coisa roubada no roubo própria ou imprò-

priamente dito. Aqui, a propósito de furto, julgo conveniente umas considerações explicativas.

Sucedem muitas vezes ver-se considerar o furto como delito de facto transeúnte; e eu julgo ser sem razão. Começemos por expor a distinção entre delito de facto permanente e de facto transeunte, para vermos como o furto, em rigor, deve considerar-se como delito de facto permanente. Diremos, finalmente, por que é que consideramos o facto da apropriação da coisa como corpo de delito desta terceira espécie.

Sob um ponto de vista muito largo, são delitos de facto permanente os que deixam, acidentalmente ou por sua própria essência, vestígios materiais e permanentes atrás de si; são de facto transitório, os que não os deixam. Sob este ponto de vista entende-se facilmente que nem todos os delitos se podem classificar absolutamente entre os primeiros, ou entre os segundos. Neste sentido, há, pois, delitos que individualmente ora são de facto permanente e ora de facto transitório, conforme o modo acidental da sua exteriorização individual. Neste sentido lato e indeterminado, vê-se facilmente, a distinção perde a importância lógica.

Mas há um sentido mais restrito e determinado, que é o sentido que deve justamente dar-se à distinção: são delitos de facto permanente, aqueles em cuja essência de facto entra como condição uma materialidade permanente, sem a qual o delito *especificamente* não subsiste: estes delitos são sempre de facto permanente. Assim, se não existe um homem morto, não há homicídio; e o homicídio é sempre um delito de facto permanente. São delitos que não se compreendem sem um dado facto material permanente, que se distingue da acção humana: a acção criminosa, passageira por sua natureza, desaparece, o facto exterior fica. É nesta materialidade exterior, que não desaparece, que está a permanência do delito: fica o cadáver, como permanência do homicídio; fica a casa queimada, como permanência do incêndio; fica a letra falsificada, como permanência da falsificação. E sempre no mesmo sentido mais ou menos restrito e determinado, quando pois a figura física do delito, *pela própria essên-*

*cia do Jacto*, se restringe unicamente á materialidade da acção humana, de modo que aparece e desaparece com ela, tem-se então o verdadeiro delicto de facto transeúnte: a materialidade da injúria verbal está tôda nas palavras injuriosas. O verdadeiro delicto de facto transeúnte é, pois, aquele cuja materialidade consiste tôda na acção humana passageira <sup>1</sup>.

Pôsto isto, é delicto de facto transitório o furto? A materialidade do furto consiste acaso unicamente na acção criminosa passageira? Na figura física dêste crime não existirá, acaso, êssencialmente, alguma materialidade externa sôbrevivente à acção? Se o furto só consiste em *tocar a coisa alheia*, então o delicto seria sem dúvida de facto transitório, por isso que a mate-

<sup>1</sup> Alguns juristas, ao darem a noção do que é delicto *material* e do que é delicto *formal*, dizem que êste é um delicto que se consuma com a simples acção do homem, ao passo que o outro para se consumir necessita de um dado facto exterior. Desta forma, a distinção entre delicto material e formal confunde-se fâcilmente com a de delicto de facto permanente e transitório. Nem tudo isto é exacto.

A noção exacta é esta: d delicto material, o que se não consnma quando não tenha *atingido o dano efectivo de direito concreto*; 6 delicto formal, o que se consumou mesmo *sem o dano efectivo do direito concreto*.

Quando se determina assim a distinção entre delicto material e delicto formal, vê-se a sua diferença da distinção de delicto de facto permanente e de facto transitório.

Por haver delicto de facto permanente, se bem que se requeira um *facto exterior* distinto da acção, não é contudo necessário que êste facto consista no *dano efectivo do direito concreto*; consequentemente um mesmo delicto pode ser ao mesmo tempo formal o de facto permanente. Assim, na falsificação de documento público, para a sua consumação, é necessário, falando com exactidão, um facto exterior, que é na realidade distintivo da acção; é necessário o escrito falsificado; e por isso êste é sempre, pela sua essência de facto, um delicto de facto permanente. Mas não é necessário, para êste delicto se consumir, que se tenha infligido um dano efectivo ao direito concreto, e por isso é um delicto formal. Eis, pois, que a falsificação de documento é um delicto formal o de facto permanente.

Portanto, concluindo, nem todo o delicto de facto permanente é material; nem todo o delicto formal 6 de facto transitório; e as duas distinções teem diverso valor, e não devem confundir-se.

rialidade consumadora de tal delito extinguir-se-ia com a acção criminosa passageira. Mas nunca ninguém pensou em semelhante noção a propósito de furto, e toda a teoria sob a consumação deste crime supõe sempre a realização de uma materialidade exterior que sobreviva à acção.

Quer se siga a teoria da *ablação*, que prevaleceu entre as antigas práticas, que faz consistir a consumação do furto no facto de se ter *pôsto a salvo a coisa*; quer se siga a teoria da *remoção*, que exige, para a consumação, que a coisa tenha sido retirada do local do furto, se não pondo-a a salvo, *subtraindo-a pelo menos à guarda do que foi roubado*; quer se siga a teoria romana que considera como consumado o furto com a simples *mudança de um local para outro*; qualquer que seja a teoria que se siga, o furto só poderá ter-se como consumado, quando se tenha dado a posse da coisa por parte do ladrão, posse que se exterioriza, pelo menos, mas indispensável mente, na materialidade da remoção da coisa de um lugar para outro. A remoção da coisa furtada é já, de per si, uma materialidade externa distinta da acção: a acção de furtar acaba, mas fica a coisa retirada do seu lugar, e esta permanência material tem, ao mesmo tempo, uma forma negativa e uma forma positiva: negativa, a ausência da coisa de um local; positiva, a sua presença em outro. Pela sua essência de facto, não existindo, pois, furto sem a materialidade, permanente por si, da deslocação da coisa, segue-se que o delito de furto, deve considerar-se, não como facto transitório, mas como facto permanente.

É necessário, porém, observar que o furto, comquanto seja em sua essência um delito de facto permanente, tem por isso, como tal, um carácter especial que o distingue da generalidade dos delitos que são de facto permanente por uma sua condição essencial. No furto, a materialidade permanente produzida pela acção é extrínseca, consistindo na simples modificação de local das coisas; na generalidade dos delitos de facto permanente, ao contrário, ela é intrínseca, consistindo no modo de ser das coisas. Além disso, no furto, a coisa não se supõe materialmente modificada senão enquanto se considera como tendo passado

para a posse do delinqüente; nos outros delitos de facto permanente, a coisa modificada snpõe-se, ao contrário, normalmente fora da posse do delinqüente. Ora, posto isto, e considerando que, sob o ponto de vista probatório, a permanência de uma materialidade não tem importância senão enquanto ela se apresenta às verificações oficiais, segue-se que o furto não pode, sempre sob o mesmo ponto de vista probatório, ser equiparado aos outros delitos, em cuja existência de facto entra como condição uma materialidade permanente. Com efeito, nós temos dito que a materialidade da coisa removida, tem uma manifestação negativa, e uma manifestação positiva. Atendendo à manifestação negativa, consistindo ela na ausência de uma coisa de um dado lugar, vê-se que ela é uma materialidade directamente verificável pelo proprietário ou por outrem, mas não já pelo oficial público. Êste não pode, em regra geral, verificar a ausência de uma coisa de um dado lugar, senão sob a fé de outra pessoa que afirme a sua precedente existência naquele local; e é nesta relação externa, não verificável pelo oficial público que percebe a coisa, que consiste substancial e pròpriamente a verificação da ausência da coisa do seu lugar. Se considerarmos a manifestação positiva da deslocação material da coisa, manifestação positiva que consiste na presença da coisa em um lugar diverso, vê-se também fãcilmente que ela nem mesmo se oferece normalmente à verificação directa do oficial público. E, na verdade, nós já dissemos que, enquanto na generalidade dos delitos de facto permanente a materialidade da coisa modificada se considera normalmente fora da posse do delinqüente, no furto, ao contrário, ela considera-se como tendo passado para a sua posse. Ora, a coisa removida, do momento em que se supõe na posse do delinqüente, compreende-se que possa fãcilmente ser ocultada ou destruída: normalmente essa materialidade é, portanto, subtraída às possíveis verificações oficiais. Não é possível verificar a existência da coisa furtada no novo lugar que tomou senão excepcionalmente, e enquanto a acção criminosa exercendo o seu influxo sôbre a coisa, esta, não sendo bem ocultada, cai por surpresa sob as verificações oficiais; isto é, enquanto o furto se apresenta como

delito sucessivo, importando um prosseguimento da acção criminosa sobre o sujeito passivo do crime. Eia o motivo porque falamos da coisa tirada, objecto do furto, se bem que constitua uma materialidade permanente essencial ao delito de furto, nesta terceira espécie de corpo de delito, de preferência à primeira.

Temos até aqui falado das três espécies que constituem o corpo de delito como *efeito*: a estas vem juntar-se uma quarta espécie que constitui o corpo de delito como *meio*:

4.º É *meio* constitutivo do corpo de delito toda a materialidade criminosa permanente, que se destina imediata e efectivamente à consumação do delito.

Esta materialidade, que serve de meio ao delito, pode ser de duas espécies: activa ou passiva. Pode a materialidade considerar-se como meio do delito, quando servir como instrumento activo nas mãos do delinquente, como o punhal que serviu para matar ou para ferir, como a corda que serviu para enforcar, e como a escada ou a chave falsa que serviram para o roubo; e pode também uma dada materialidade considerar-se como meio criminoso, não enquanto foi sujeito da acção criminosa, mas enquanto foi o seu objecto, isto é, enquanto sofreu modificações conducentes ao delito, como o arrombamento no roubo, e como em geral os vestígios, na pessoa, das violências que se fizeram sofrer para se atingir a consumação do crime.

As circunstâncias agravantes, que consistem em materialidades não puramente derivadas do delito, entram na categoria dos meios criminosos, porquanto os factos materiais, que não são meras consequências do delito, só podem agravá-lo quando se refiram a êle como meio a fim; e entram por isso todas elas sob a categoria dos meios imediatos, activos ou passivos, em que se inclina todo o elemento criminoso precedente à consumação, sendo que no delito nada mais há do que a consumação como fim, e tudo o mais como meio: quer se consuma o delito, quer se trabalhe por tornar possível a sua consumação.

Concluindo: as espécies em que se classifica o corpo de delito são quatro: três derivadas da consideração dos efeitos imediatos do delito, e uma da dos seus meios imediatos.



Quando a materialidade constitutiva do corpo de delito se submete à directa percepção do juiz, a sua verificação tem lugar por meio de prova material, e é a espécie mais importante entre as provas materiais; quando ao contrário a materialidade constitutiva do corpo de delito não é directamente percebida pelo juiz, mas lhe é afirmada pelas pessoas, então a sua verificação tem lugar pela prova pessoal. O corpo de delito não é sempre por tanto sujeito de prova material; muitas vezes não é senão conteúdo de uma prova pessoal. Mas casos há em que a prova pessoal ordinária não se considera como suficiente para a verificação do corpo de delito; há casos em que o corpo de delito se deve verificar directamente como sujeito de prova material, para se obter a legítima certeza. Quais são estes casos ?

É um problema que já examinamos relativamente aos casos de incapacidade probatória do testemunho, e que agora de novo se apresenta relativamente aos casos em que não se pode dispensar a prova material. O problema é sempre o mesmo, e poderíamos remeter para o que a esse respeito escrevemos; mas preferimos repetir o que já dissemos, para não obrigar o leitor a andar à procura na outra parte do livro do desenvolvimento de teorias que pertencem também a esta.

Qual das espécies, pois, do corpo de delito se deverá ter por mal verificada, quando se não apresente como sujeito de prova material?

Examinemos cada uma das espécies anteriormente determinadas, começando pela última, e subindo até à primeira.

Relativamente à quarta espécie, isto é, à materialidade permanente, constitutiva do corpo de delito como meio, é necessário que ela seja julgada segundo dois critérios diversos, conforme constitui meio activo ou passivo do crime.

Principiando pela materialidade constitutiva do meio activo, é necessário observar que ela só aparece como meio do delito enquanto é percebida juntamente com a acção criminosa, que a dirige ao delito. Esta materialidade, do momento em que se destaca da acção criminosa, perde a sua importância de meio, e entra na grande multidão das outras materialidades congéneres,

inofensivas, casuais ou simuladas; quando não é desde logo suprimida por meio do segredo, ou por destruição, o que é sempre possível, sendo o meio activo uma coisa que pode sempre ficar na posse do delinquente, que tem interesse em fazê-la desaparecer.

Esta materialidade activa conserva a sua especialidade de meio criminoso somente enquanto se acha ligada à acção. Ora, a acção humana sendo transitória, segue-se que da função de meio prestada por uma materialidade não pode ficar vestígio permanente e *unívoco*, a não ser na memória das pessoas que eventualmente fôrem espectadoras do seu emprêgo criminoso. Ora, uma vez que a importância probatória da materialidade activa assenta na sua função de meio prestada ao delito, e uma vez que desta função só pode obter-se uma prova pessoal; uma vez que finalmente o meio activo, podendo normalmente ficar na posse do delinquente, este pode, e tem nisso interesse, ocultá-lo ou destruí-lo, segue-se que relativamente a esta sub-espécie de corpo de delito seria absurdo pretender que seja indispensável a prova material.

Já assim não é quanto à materialidade — meio que é *objecto* da acção criminosa. As modificações permanentes das coisas são normalmente sempre perceptíveis em si mesmas, na sua natureza de alterações materiais produzidas; e por isso nas materialidades passivas, quando se querem fazer constar as suas passividades permanentes, pondo-as a cargo do acusado, não é suficiente o testemunho ordinário; é necessário que as modificações materiais e permanentes, que se dizem feitas às coisas, sejam, tanto quanto possível pela sua natureza, e isto é normalmente possível, verificadas por meio de prova material, própria ou imprópria, por todas as razões que teremos ocasião de desenvolver dentro em pouco.

Parêntesis: antecipo uma noção indispensável para este desenvolvimento: é prova material própria, a directa percepção da coisa por parte do juiz no julgamento público, isto é, a verificação propriamente judiciária; ó prova material imprópria, a directa percepção da coisa por parte de testemunhas oficiais competentes, isto é, a verificação quasi judicial.

Pôrto irto, entro de novo no assunto. Se a Ticio se imputa

um furto com a agravante do arrombamento de uma fechadura, não basta que o arrombamento seja afirmado por meio de testemunhas ordinárias; é necessário, quando normalmente possível, que êle tenha sido verificado por meio da prora material própria ou imprópria; que ele tenha sido verificado por têtemunhas oficialmente competentes que o afirmem, quando o não seja pelo próprio juiz dos debates. Mas voltaremos a tratar dêste assunto dentro em pouco.

Se, continuando, considerarmos a terceira espécie de corpo de delito, isto é, os factos permanentes em qae se encarna o desenvolvimento da acção criminosa, vê-se claramente que êles consistem no desenvolver-se da acção do réu, sôbre o sujeito passivo do crime, emquanto êste sujeito passivo foi colocado livre secretamente à sua disposição. Ora, compreende-se por isso fàcilmente, que não será certamente o réu que irá oferecer a prova material dos actos de sua acção criminosa; não será por certo o réu que submeterá à verificação judiciária ou quási-judiciária a sucessão dos factos que o levaram à posse da coisa roubada no furto, à posse da pessoa sequestrada no cárcere privado. Em seu interêsse procurá por todos os meios possíveis ocultar êsses factos; e isso ser-lhe há fàcil, pois que se trata da sua acção sôbre uma coisa ou sôbre uma pessoa, que nesta espécie de delitos que foram chamados sucessivos ou contínuos, se supõe já terem entrado na sua posse particular e livre.

À mínima suspeita judicial, êle intêrromperá desde então a continuação da sua posse. Única e excepcionalmente, por surpresa, êstes factos podem cair sob a percepção official directa; normalmente êles só são colhidos pela percepção de têtemunhas particulares, que eventualmente os percebem. Nos delitos, pois, que compreendem no seu sujeito passivo o prosseguimento da acção criminosa, não pode pretender-se, como indispensável, a prova material do corpo de delito.

Se, contiuuando ainda, passamos a considerar a segunda espécie de corpo de delito, que designamos com a denominação de vestígios eventuais e permanentes, mesmo emquanto à sua

verificação não há razão para que se deva pretender absolutamente a prova material. Trata-se de vestígios que podem existir ou não, sem que com isso mude a existência de facto e a gravidade do delito; trata-se de vestígios eventuais que representam argumentos probatórios extraídos das coisas: para que se deveria exigir a sua prova material? Qualquer que seja o facto indicativo, que serve de base ao indicio, não é preciso que seja neces-

sária  
mente verificado pela percepção directa, por meio de prova material; poderá ser bem verificado mesmo por meio da simples afirmação das testemunhas.

Por agora resta-nos apenas considerar a primeira espécie. Mas, antes de passarmos a esta consideração, não julgamos inútil fazer uma observação explicativa sobre o que temos vindo a dizer.

Sempre que afirmamos como desnecessária a prova material para a verificação de uma dada espécie de corpo de delito, não afirmamos já ao mesmo tempo, relativamente a esta espécie, a *inutilidade* desta forma de prova. Queremos apenas dizer que, não existindo na espécie a prova material, o testemunho ordinário deve considerar-se como prova suficiente. Entendemos dizer que não é necessário explicar-se como e porque, no caso particular, tenham desaparecido as materialidades permanentes, tornando-se insusceptíveis de serem verificadas oficialmente: basta simplesmente que *de facto* não possa obter-se a verificação oficial, para que deva considerar-se suficiente o testemunho ordinário. Isto contudo não impede, que, sempre que se trate de uma verificação importante no juízo especial, e possa obter-se uma prova material, que é a prova mais perfeita, seja bom exigí-la, não nos contentando com uma prova menos perfeita.

É necessário não esquecer um princípio probatório por nós desenvolvido ao falarmos da prova em geral; é necessário não esquecer o princípio da melhor prova, pelo qual sempre que, no caso particular e concreto, é possível obter uma prova superior relativamente a um facto importante para o julgamento penal, é necessário recorrer a ela não nos contentando com a prova inferior.

Posto isto, passemos ao exame da primeira espécie de corpo de delito.

O facto material e permanente, em que se concretiza objectivamente o corpo de delito, não é uma materialidade indiferente ao delito, que pode existir ou não; é uma materialidade sem a qual o delito não pode existir, ou pelo menos não pode existir com a sua gravidade especial: sem o cadáver, não pode haver o delito de homicídio; sem a moeda falsa ou a nota falsa não pode existir o delito de falsificação de moeda; sem a deformação permanente, o crime de ferimento que deixa lesões permanentes não pode existir com a sua gravidade específica. Ora, para esta espécie de corpo de delito, que, constituindo a *essência de Jacto* do delito, pode especificar-se com o nome de corpo *essencial* do delito, a lógica das coisas obriga-nos a exigir necessariamente a prova material.

Diz-se que um homem foi assassinado; várias testemunhas afirmam tê-lo visto cair morto; mas o cadáver, sem que se explique o seu desaparecimento, não se encontra; e não pode ser assim verificado oficialmente. Poder-se há admitir a sua existência sob a simples fê das testemunhas ordinárias ? Somos de parecer que não.

Segundo o princípio, anteriormente recordado, da melhor prova todo o facto, que importa ao julgamento penal, deve ser provado com a melhor prova, de que, por sua natureza, é normalmente capaz. Ora, o facto material e permanente de que falamos, é normalmente susceptível de ser provado por meio do verificações oficiais: e portanto como prova natural desta espécie de corpo de delito, sem que se explique o modo como e porque êle desapareceu, deve ser considerada a verificação oficial, judiciária ou quasi-judiciária, segundo os casos, isto é, a prova material própria ou imprópria.

Há factos materiais susceptíveis de serem apresentados no julgamento, como a moeda falsificada, como a letra falsificada. Pois bem, nunca poderá dizer-se suficientemente verificado êste corpo de delito, se a materialidade em que êle se concretiza se não apresenta em juízo: é necessário, por outros termos, a prova

material propriamente dita, para a verificação judiciária. Não basta que se apresentem as testemunhas ordinárias, e até as oficiais, a atestarem a existência anterior da letra falsificada, para que possa admitir-se a sua existência, sem se explicar o seu subsequente desaparecimento.

Há factos materiais que se não podem apresentar no julgamento público por razões materiais ou por razões morais, como a casa incendiada ou o corpo da mulher estuprada» POÍB bem, nêstes casos, estas materialidades, podendo verificar-se quási-judicialmente por meio de testemunhos oficiais (a que se veem juntar os testemunhos dos peritos, segundo a eventual exigência dos casos), nunca poderão dizer-se suficientemente verificadas sem estas investigações quási-judiciais, isto é, sem uma prova material imprópria. Para esta espécie de verificações nunca bastarão simples testemunhos ordinários; a não ser que se verifique o como e o porque do seu desaparecimento; e portanto da consequente impossibilidade da verificação oficial dêste corpo de delito.

Em geral, o testemunho ordinário não é prova suficiente da materialidade permanente em que se concretiza a consumação do delito, ainda quando se trate de materialidades susceptíveis de serem ou não apresentadas em juízo, *sempre que se não explica o seu desaparecimento e a sua consequente impossibilidade de melhor prova*: para esta materialidade, é necessária a verificação oficial judiciária ou pelo menos quási-judiciária, segundo os casos. Ainda que sejam muitas as testemunhas ordinárias que veem afirmar ter em um dado momento tido a percepção daquela materialidade constitutiva do corpo de delito, sem a qual o delito não existiria; ainda que sejam em grande número; mas se no entanto êste corpo de delito já se não encontra, e não pode conseguintemente obter-se a sua prova material; a ausência dêste corpo de delito, que por sua natureza devia ainda subsistir, faz lògicamente duvidar da veracidade ou da exacta percepção das testemunhas. Sejam embora muitas as testemunhas a afirmar ter visto Ticio cair morto; pois bem, se o cadáver se não encontra, e se se não explica o seu desaparecimento, cora mais fôrça, que a voz das pessoas, soará a voz das coisas: a ausência do cadáver é uma

prova real que tira tôda a fé à voz em contrário das têtemunhas. E esta voz das coisas tem tido por mais de uma vez razão contra a voz das pessoas, em processos criminais; e tem-se visto ressuscitar pessoas que se julgavam mortas, mostrando assim o êrro das têtemunhas e dos juízes. Mas, infelizmente, por vezes acontecia existir um morto que já não podia ressuscitar: o pobre condenado, legalmente morto, e com tôdas as verificações oficiais possíveis! Seria muito fácil, querendo, impressionar os leitores com a história dos êrros judiciários em que se tem caído, por se não ter considerado como indispensável a prova material daquele corpo de delito, sem o qual não há delito, contentando-se com simples testemunhos ordinários.

Quando a lógica nos diz que normalmente deve existir uma prova melhor que o simples testemunho ordinário; quando a lógica nos diz que deve haver um facto material permanente, êssencial ao delito e normalmente susceptível de ser verificado em si mesmo, se êste facto falta, o espírito do juiz, não obstante a afirmação das têtemunhas deve deter-se hesitante. Porque razão condenaria êle? Pela *hipótese* da ocultação ou da destruição. E parece-lhes uma boa e sólida base, para a certeza e para a condenação, uma simples hipótese? Dever-se há pelo menos provar o facto da ocultação ou da destruição, para se obter uma legítima certeza.

Concluindo: emquanto ao facto material permanente em que se concretiza a consumação do delito, isto é, emquanto ao corpo de delito da primeira espécie, é indispensável a prova material própria ou imprópria, segundo os casos. Não deve lògicamente dispensar-se essa prova, e autorizar-se a confiar em simples testemunhos ordinários, senão quando se explique o desaparecimento do corpo de delito a provar, e a conseqüente impossibilidade de o provar por meio da prova material própria ou imprópria. Quando se prova a ocultação ou a destruição do corpo de delito por parte do delinqüente ou de outrem, ou então a sua destruição e o seu desaparecimento por razões inerentes à sua natureza ou à natureza do ambiente em que se achava, continuar a pretender a prova material seria um absurdo: bastarão para induzir à certeza e legitimar a condenação os simples testemunhos ordinários. E se,

mesmo depois de tudo isto, se viesse a cair em erro, este erro não poderia atribuir-se à inconsideração dos juizes, mas à nossa imperfeição comum.

O que temos estado a dizer relativamente ao *facto material*, constitutivo da primeira espécie de corpo de delito, vale também quanto ao que respeita à *materialidade passiva* e permanente que serve de meio ao delito, de que já falamos como de uma subespécie da materialidade em geral que serve de meio ao delito. Quando na imputação se leva em conta uma *materialidade passiva* e permanente; quando, suponhamos, se quer atribuir a um indivíduo acusado de furto o arrombamento, é necessário que este arrombamento, que pode ser normalmente verificado pelos meios oficiais, tenha sido na realidade assim verificado. Não basta que se apresentem testemunhas ordinárias a afirmar o arrombamento.

Mas, se, tendo desaparecido os vestígios do arrombamento, se não pode, em matéria de facto, obter uma prova material quer própria, quer imprópria?

É necessário então, antes de prestar fé plena aos testemunhos que o afirmam, dar-se a razão do desaparecimento de uma tal materialidade passiva, que deveria ainda subsistir: é somente sob esta condição que logicamente se pode dispensar a prova material, e se está autorizado a confiar no testemunho ordinário.

### CAPÍTULO III

#### Prova material própria e imprópria

Vimos já como a prova material é aquela que na materialidade das suas formas se apresenta à directa percepção do juiz; e como esta prova pode ter por base tanto uma materialidade transitória produzida em juízo, como uma materialidade permanente produzida fora do juízo; e dividimos por isso a prova material em transitória e permanente, observando como esta deve ser mais importante que aquela.



Agora, a propósito destas mesmas materialidades permanentes, produzidas fora do juízo, e que, ao primeiro aspecto, poderia parecer serem sempre objecto da percepção directa do juiz dos debates, é necessário fazer algumas considerações.

Em primeiro lugar, a sua permanência não é sempre de natureza a poder durar até à época do julgamento; e nem sempre, por isso, estas materialidades se apresentam à directa percepção do juiz dos debates. Por exemplo, os vestígios pouco acentuados de violência, que ficaram na pessoa, são por natureza destinados a desaparecer passado um certo prazo mais ou menos curto, não podendo, assim, continuar a ser objecto da verificação directa em juízo.

Em segundo lugar, as mesmas materialidades permanentes, que se conservam inalteráveis até à data do julgamento, nem sempre são de natureza a poderem submeter-se à directa percepção do juiz nos debates públicos. Há razões físicas, ou morais, que a isso se opõem: poderá acaso transportar-se para juízo o palácio incendiado? Poderá acaso, nos debates, submeter-se à directa e pública verificação do juiz o corpo de uma mulher estuprada?

Em terceiro lugar, estas mesmas materialidades que persistem, e que pela sua natureza são apresentáveis em juízo, não tiram a sua importância probatória senão das condições do tempo, do lugar e do modo como se encontram; é o ambiente, direi assim, em que se colhe a materialidade, que dá importância e especialidade probatória; e este ambiente, estas condições de tempo, de lugar e de modo, são destinadas a desaparecer, subtraindo-se, assim, à percepção directa do juiz dos debates.

Por tôdas estas razões, considerou-se em primeiro lugar que, se por prova material se devêsse entender simplesmente a que é submetida a percepção directa do juiz que julga tôda a causa em julgamento público, seriam bem poucas as provas materiais que se apresentariam em juízo penal, e essas poucas perderiam a sua importância, quando as condições do tempo, do lugar e do modo como se encontram, não fôsem igualmente percebidas directamente pelo juiz dos debates, constituindo antes objecto da obser-

vação directa de outro oficial de justiça, que pode proceder às - verificações em tempo mais próximo do crime. Considerou-se, por outro lado, que o oficial de justiça, encarregado pela lei da instrução, quer pelos grandes requisitos subjectivos da credibilidade a êle inerentes, quer pelas formalidades protectoras da verdade com que é obrigado a proceder às suas investigações, oferece uma garantia de veracidade que coloca o seu testemunho oficial acima de todos os outros, chegando mesmo a fazer que êle deixe de ser considerado como um testemunho. Estas considerações levaram por isso a uma ficção jurídica: as afirmações têtemunhais do juiz instrutor consideram-se como equivalentes às verificações judiciárias do próprio juiz dos debates; os protocolos de investigação do primeiro, tomam o valor de provas materiais quanto ao segundo.

Atendendo a esta ficção jurídica, a noção da prova material alargar-se naturalmente: é prova material tanto a que se submete realmente à directa percepção do juiz dos debates, como a que é verificada pelo juiz instrutor nos seus autos de inspecção.

Temos, assim, duas espécies de prova material: prova material própria, a que tem lugar pelo exame judicial; prova material por ficção jurídica, a que tem lugar pela constatação quasi-judicial<sup>1</sup>.

Para clareza de método, daremos uma vista de olhos em particular sôbre cada uma destas espécies.

<sup>1</sup> Constatar: eis uma palavra que temos empregado freqüentemente, « que não recebeu o baptismo dos sacerdotes da língua. Os dicionários, que existem, na sua maioria, não se dignaram designar êste vocábulo, nem sequer para o reprovarem-; todo o pequeno dicionário, mesmo o mais humilde, contém-no, acusando-o de falta de elegância, em seguida a ter, quanto a mim, falseado a sua significação: atribui-se ao verbo *constatar* o sentido de *verificar*; e isto é inexactíssimo.

*Constatar* não é, quanto a mim, senão verificar a coisa *no estado* que ela apresenta, é uma verificação da coisa por meio da sua inspecção, em um J sentido larguíssimo. Nêste sentido, *constatar* e *constatação* são palavras necessárias à nossa linguagem, não havendo nela coisa alguma equivalente-Mesmo a palavra inspecção tem pròpriamente um sentido mais limitado.

## TÍTULO I DO CAPÍTULO III

**Prova material pròpriamente dita: exame judicial**

Sempre que se trate de determinar a espécie formal a que uma prova pertence, é necessário, já o dissemos mais de uma vez, considerá-la relativamente à consciência do juiz que julga plenamente nos debates públicos. Ora, sob êste ponto de vista, não há outra prova material senão a que na materialidade das suas formas é directamente percebida em juízo pelo dito juiz; não há outra prova material senão a que é submetida à directa verificação judicial. Tudo o que é materialmente percebido fora do juízo, será prova material para quem o percebe, mas não já para o juiz dos debates, a quem é simplesmente afirmado pelas pessoas. Ainda que seja o próprio juiz instrutor da causa quem teve a percepção directa da coisa material, e a tenha verificado com tôdas as garantias e solenidades possíveis, nem por isso deixará de ser verdade que as suas verificações, consagradas em um auto, não serão para o juiz dos debates mais do que uma prova pessoal, prova pessoal superior se assim o querem, mas sempre prova pessoal. Era necessária uma ficção jurídica afim de que o que é prova material, quanto ao juiz instrutor, se considerasse como tal também quanto ao juiz dos debates, e a verificação quási-judicial se tomasse assim como equivalente da constatação judicial.

Mas, qualquer que seja a fôrça desta ficção jurídica, ela nunca chegará a destruir a superioridade probatória da prova material pròpriamente dita, sôbre a prova material impròpriamente dita. Tem sempre mais valor e é melhor perceber directa-

não podendo significar pròpriamente mais do que aquela constatação que tem lugar pela *visão* das coisas. Já o disse mais vezes, não tenho escrúpulos no uso das palavras, quando aproveitam à clareza e à precisão das ideias, e por isso tenho empregado mais de uma vez no curso dêste livro, e continuo a empregar, as palavras *constatar* e *constatação*.

**ITULO II DO CAPITULO III****Prova material por ficção jurídica: verificação quasi-judicial**

As frequentes dificuldades a par vezes a impossibilidade de obter a prova material pròpriamente dita, tem feito, já a disse-mos anteriormente, aoear como prova material a que realmente o não é; tem feita considerar como constatações do juiz dos deba-tes, as verificações do juiz instrutor, que se encontram consagradas em um auto especial. Esta ficção jurídica, que alarga a noção da prova material, encontra a sua legitimidade na superioridade probatória que tem o testemunho oficial, e, sobre qualquer outra, testemunho oficial do juiz instrutor, sobre o testemunho ordinário.

A superioridade do testemunho oficial, como vimos em outra parte, depende da maior força de presunção de verdade que assiste à têtemunha oficial], e das solenidades protectoras da verdade que acompanham a sua afirmação. É necessário repetir aqui estas razões de superioridade do testemunho oficial.

A presunção de veracidade, como sabemos, é uma presunção complexa: encerra em si a presunção de que a têtemunha se não engana, e a outra de que não quer enganar. Examinemos cada «ma destas presunções particulares relativamente ao testemunho oficial.

A pessoa revestida da qualidade de oficial público não é sempre uma têtemunha oficial para todos os factos que caem sob a sua observação; é uma têtemunha oficial unicamente quanto aos factos que a sua qualidade de oficial público lhe dá competência para constatar. Entendido assim, dentro dêstes limites, o testemunho oficial, compreende-se facilmente a sua superioridade. O Estado sabendo que a qualidade de oficial público invêste uma pessoa de uma competência particular para a constatação de certos factos, não pode logicamente revestir dessa qualidade quem não apresenta capacidade intelectual e sensória suficiente para a percepção dos factos que é chamado a constatar. A qualidade de oficial público, em quem depõe sôbre matéria da sua competência, pressupõe, pois, os requisitos subjectivos da capacidade intelectual e sensória, requisitos que não há *igual* razão para se supôr existirem na têtemunha Ordinária. Acresce a isto que a têtemunha oficial que sabe ter a obrigação de verificar certos factos, aplica na sua observação maior atenção que qualquer outra têtemunha; não deixa passar particularidade alguma daquelas que podem facilmente escapar a uma têtemunha chamada ao acaso; e, sabendo a gravidade dos depoimentos que será chamada a fazer, empregará todos os seus esforços para não cair em êrro. É claro, portanto, o motivo por que a presunção de capacidade intelectual e sensória é mais forte quanto à têtemunha oficial que quanto à ordinária.

Examinemos agora a capacidade moral. Poder-se-ia, em primeiro lugar, observar que o Estado tem interesse em possuir oficiais públicos que cumpram o seu dever; e como não é por certo a improbidade que torna o indivíduo escrupuloso no cumprimento dos seus deveres, por isso o critério moral que falando lógica e geralmente, guia o Estado na nomeação dos oficiais públicos é o da probidade. Segue-se daqui que a qualidade de oficial público, conferida a um cidadão, faz pressupôr nêle, em regra geral, a probidade pessoal. Mas ponhamos de parte êste argumento, que, comquauto geralmente verdadeiro, poderia ter muitas excepções em um regime particular, e que poderia, além disso, só ser considerado bom por quem, em qualquer regime, por paixão política, vê negro tudo quanto provém do alto, parecendo-lhe rosado tudo o que vem de baixo.

Deixando, pois, de parte o argumento precedente, outro há logicamente irrefutável, a que nos convem atender. Porque é que se pensa que em regra geral a testemunha não quer enganar? Devido àquele sentimento moral que, mais ou menos eficazmente, vive em tôdas as consciências, sentimento moral que se opõe à mentira e é favorável à verdade. Êste sentimento moral existe em tôdas as consciências, na das testemunhas ordinárias, como na das testemunhas oficiais, e oferece um argumento para presumir que não querem enganar tanto umas como as outras. Mas quanto às testemunhas oficiais há ainda mais alguma coisa. Ao sentimento moral genérico, que inspira a verdade relativamente a todos os testemunhos, vem juntar-se o sentimento especial de um dever particular que deriva da própria qualidade; ao sentimento de responsabilidade, comum a tôdas as testemunhas, vem juntar-se o sentimento particular de uma responsabilidade particular e mais grave, derivado do próprio officio. Ora, como os estímulos para a verdade são maiores na consciência da testemunha oficial, que na da testemunha ordinária, a presunção de não querer enganar deve ser mais forte para a primeira que para a segunda.

Concluindo, a maior fôrça de cada uma das presunções componentes, faz concluir pela maior fôrça da resultante, presun-

ção complexa de veracidade a favor do testemunho oficial sobre o testemunho ordinário.

Mas é necessário não esquecer, sempre que se fala da presunção mais forte da veracidade respeitante em regra geral ao oficial público, que este não tem direito a ela senão pelo que respeita à sua competência, e dentro dos limites dela.

S, portanto, atendendo a isto, quando se trata de verificações de grave importância para o julgamento criminal, a lei deve confiar a sua competência determinada e particular a oficiais superiores, e não a subalternos, pois que os primeiros, melhor que os segundos, sabendo compreender a importância das verificações a que procedem, e tendo em mais alta consideração o sentimento do próprio dever, é lógico que inspirem maior confiança. E é somente quanto às verificações materiais desempenhadas por oficiais superiores, que pode ter força a ficção jurídica, que as faz considerar como tendo sido desempenhadas pelo próprio juiz dos debates.

E para que estas verificações, quasi-judiciais, sejam elevadas até ao valor de verificações judiciais, não basta que sejam desempenhadas por oficiais superiores; é necessário, além disso, que a lei prescreva formalidades protectoras da verdade, com que estas verificações devem ser efectuadas. A arte criminal aconselha, por isso, a intervenção de testemunhas nas verificações de maior importância. A arte criminal aconselha também, por isso, que se crie, ao escrivão que redige os autos, uma posição independente e livre, de forma a tornar possível negar-se a exercer o seu ministério quanto a um depoimento infiel e falso, que se pretendesse impor por parte do juiz: todo o auto de verificações seria, assim, exarado sob a dupla fé do escrivão e do juiz, além de o ser sob a das outras testemunhas que se julgasse conveniente fazer intervir. Na prática judiciária, ao contrário, o escrivão não é mais do que um instrumento humilde e passivo nas mãos do instrutor; uma espécie de máquina de escrever. A arte criminal aconselha também, quando já exista um acusado, que este assista também às verificações materiais a que se procede, afim de se obterem informações sobre o estado das coisas:

a intervenção do acusado, sempre útil quando se procede a investigações materiais, é, pois, necessária em determinados casos, como quando os objectos devam ser reconhecidos por êle.

É sômente com a garantia da confiança na competência de oficiais superiores, e com a garantia de solenidades protectoras da verdade, impostas também a êles, que se justifica a ficção jurídica, segundo a qual as verificações quási-judiciais atingem o valor das judiciais.

Ainda que se trate da verificação de um corpo de delito da primeira espécie, isto é, daquele facto material sem o qual o delito não poderia existir no todo ou em parte; pois bem, mesmo nêste caso compreende-se como, nas condições supracitadas, a verificação quási-judicial possa tomar o lugar da judicial, e como possa considerar-se adquirida, como uma prova material, pelo juiz dos debates, a que não é prova material senão relativamente ao juiz instrutor. Se é lógico temer que têtemunhas ordinárias, ou têtemunhas oficiais de ordem subalterna, por incapacidade, por falta de alteração, por leviandade, tomem por corpo de delito o que o não era, essas dúvidas já se não justificam em face de um oficial superior da policia judicial, que proceda à verificação, como a um grave dever do officio. O juiz instrutor que, pelos poderes que lhe são conferidos pelas leis, procede a uma investigação tão importante, procede a ela com tôda a ponderação possível. A capacidade jurídica especial, presuposta pelo seu officio, reúne todos os esforços e todos os cuidados de uma têtemunha que sabe dever necessariamente dar conta do que diz ter verificado. Tem conhecimento de tôda a importância da verificação a que procede, e por isso não despreza alguma daquelas particularidades importantes que podem escapar a uma têtemunha ordinária, ou a um oficial de ordem inferior. Acrescente-se a isto, que ela não vem depor sôbre a matéria das suas observações, passados meses e anos, de forma a tornar possível o esquecimento ou a intervenção da imaginação relativamente ao que refere; não, ela redige o auto imediatamente no próprio local das observações. Acrescente-se, também, que a fé nela se vai



juntar à fé no escrivão, que, ao redigir e assinar os autos, atesta, juntamente com o juiz, a verdade do seu conteúdo. Acrescente-se ainda a intervenção de peritos, tratando-se de matérias que requeiram uma capacidade de observação especial. Acrescentem-se, finalmente, tôdas as garantias ulteriores que a arte criminal pode aconselhar e a lei adoptar para estas verificações; como a intervenção de um certo número de testemunhas estranhas. E atendendo a tudo isto, parecerá claro o motivo por que, mesmo quanto à verificação do corpo de delito da primeira espécie, as investigações materiais por parte do juiz instrutor, que chamamos quási-judiciais, se julgam capazes de substituir as verificações judiciais propriamente ditas, que são as que teem lugar em juízo por parte do juiz dos debates.

Mas emquanto a êste corpo de delito da primeira espécie, a necessidade da existência de cuja prova material demonstramos, é necessário contudo observar que a verificação quási-judicial não pode tomar o lugar da verificação judicial propriamente dita, te não quando êste corpo de delito, em particular, não é susceptível de ser apresentado em juízo. Se êle é susceptível de ser apresentado em juízo, compreende-se, então, que do momento em que o juiz instrutor consegue verificá-lo, deve acautelá-lo afim de ser apresentado à percepção directa do juiz dos debates, provendo, assim, a melhor produção das provas, que é uma obrigação que não deve absolutamente esquecer-se em uma matéria tão importante. Eis porque afirmamos em outro lugar, e tornamos aqui a afirmar, que, emquanto ao corpo de delito apresentável em juízo, nem mesmo o testemunho oficial do juiz instrutor pode ser reputado prova suficiente, quando não haja uma razão que explique o seu desaparecimento.

Mas quais os casos em que o juiz instrutor procede às suas verificações materiais? Em todos os casos em que o delito faça supôr a possibilidade da existência de vestígios materiais susceptíveis de serem observados.

Tomam, por isso, o primeiro lugar as verificações do corpo de delito nas suas várias espécies.

Emquanto ao *facto material*, em que se concretiza a con-

sumação do crime, todos compreendem a grandíssima importância da sua verificação.

Dado um caso de homicídio, o juiz instrutor deve, o mais depressa possível, proceder ao exame do cadáver. E procedendo a isso juntamente com os peritos, as verificações destes não o dispensarão das suas investigações pessoais. Ele, porém, chamando a atenção dos peritos para todas aquelas circunstâncias materiais que podem ter importância para o julgamento, e que requerem a observação de peritos, deve fixá-las, em seguida, distintamente por conta própria: a verificação material do juiz concordando com o exame dos peritos, adquirirá um valor probatório decisivo. O juiz instrutor verificará as circunstâncias de tempo, de lugar e de modo em que o cadáver se encontrou: coisa que é da máxima importância, quando se trata de verificar a causa da morte, investigando se esta se pode atribuir a um incidente natural, ou à imprudência do defunto, ou então se deve atribuir-se a uma acção criminosa.

Atendendo, pois, à espécie particular a que o homicídio pertence, o juiz instrutor dará uma orientação particular às suas verificações. Assim, no caso de infanticídio, será importante verificar o estado dos lugares em que se deu o parto, os vestígios do parto recente, assim como as circunstâncias que podem ter determinado ou acelerado a morte do recém-nascido. No caso de envenenamento, além da descrição do cadáver, é necessário verificar e assegurar as substâncias derramadas pelo defunto, os resíduos de comidas, de medicamentos, de bebidas, assim como todos os recipientes que tenham contido pós medicinais ou outras substâncias. Todas estas coisas devem conservar-se para as análises subsequentes dos peritos.

Em caso de violência física, será importante proceder ao exame do corpo da pessoa ofendida, assim como ao da pessoa do arguido.

No caso de fabrico de moeda falsa, a verificação material do juiz instrutor dirigir-se há a investigar e certificar-se da existência da moeda falsa, assim como dos instrumentos e materiais para o seu fabrico.

No caso de incêndio voluntário, o exame da coisa incendiada serve para determinar a extensão do dano, o local de onde o fogo ateou e a matéria inflamável empregada.

E assim por diante.

Tão importante como a materialidade em que se concretiza essencialmente a consumação do delito, será verificar a materialidade passiva em que se concretiza o *meio passivo* criminoso, quando se queira pôr a cargo do acusado. Assim, por exemplo, o *arrombamento*, que se diz ter acompanhado o furto.

Ainda mesmo quando se trate de um facto criminoso ou de um meio passivo, no caso do seu eventual desaparecimento, será da máxima importância, em vista do que dissemos falando do corpo de delito, constatar, ao mesmo tempo, tudo o que êste desaparecimento pode explicar.

O juiz não desprezará além disso a verificação, quando possível, dos *vestígios eventuais* e permanentes que constituem a segunda espécie do corpo de delito. Assim, os sinais que ficaram sobre os vestidos nos atentados contra as pessoas e nos estupros; assim, os vestígios deixados sobre as coisas circunstantes na consumação do delito, como móveis partidos nas violências pessoais, como pégadas nas violências pessoais, no farto e em outros crimes, como roupas do acusado junto do lugar da consumação, e roupas da vítima junto do acusado ou em sua casa.

O juiz instrutor apressar-se há, além disso, a proceder ao exame daquêles factos materiais que encarnam o *desenrolar-se da acção criminosa*, factos que só podem ser verificados procedendo-se rapidamente ou de surpresa. Assim, no caso em que o juiz queira verificar pessoalmente a continuação da detenção da pessoa, no cárcere privado em geral.

E também será importante proceder à verificação das materialidades que foram *instrumento* activo do delito, como do punhal que feriu, da corda que estrangulou, da escada ou da chave falsa que serviram para o furto.

Mas, se é da maior importância verificar tôdas aquelas materialidades que, pela sua *imediata* ligação com a consumação criminosa, constituem o corpo de delito, não deixará porém de

**ter** importância a verificação das materialidades, que, comquanto não constituam o corpo de delito, teem contado a fôrça de factos indicativos qnanto ao delito ou quanto ao acusado. O juiz instrutor procurará consequentemente verificar também estas materialidades, quando lhe seja possível.

As verificações materiais prestam finalmente os seus serviços também para a simples avaliação das provas; funcionarão como provas, corroborantes ou infirmativas. A têtenuha diz ter visto, pelo buraco de uma fechadura, o que se passava em um quarto fechado; diz ter ouvido, estando em um dado lugar, o que se dizia algures: pois bem, a vistoria no local determinará se será possível ver ou ouvir naquelas condições. O acusado afirma ter ferido, saindo de um esconderijo; o acusado afirma não ser possível o seu tiro ter morto Ticio, porquanto, do local em que se achava, devido a obstáculos que se interpunham, não podia atingir Ticio: pois bem, as investigações materiais, feitas no próprio local, demonstrarão se aquela confissão e esta desculpa merecem fé.

E basta quanto aos objectos da verificação.

Do exame da natureza e do fim da verificação judicial derivam, pois, as regras para o modo como deve seguir-se nelas. É conveniente mencionar as mais importantes.

Em primeiro lugar, em vista do que dissemos anteriormente, para que as verificações *quási-judiciais* se considerem equivalentes ás judiciais, é necessário que tenham sido efectuadas pessoalmente pelo juiz instrutor competente. Se, ao contrário, é um official auxiliar, de ordem inferior, que procedeu ás investigações, então elas não podem chamar-se *quási-judiciais*, e teem unicamente o valor de simples testemunhos, ainda quando officiais.

Em segando lugar o juiz instrutor deve proceder às verificações o mais depressa possível, para poder observar as coisas antes de soffrerem alterações. E sendo necessário o exame de peritos, se êstes não procedem simultâneamente com o juiz, êste fará guardar os lugares e as coisas que teem de ser examinadas, afim de se não produzirem alterações, que façam com que as coisas se apresentem aos peritos de modo diverso.

Em terceiro lugar, sendo importante verificar não só as materialidades constitutivas do corpo de delito, mas também qualquer outra coisa que mesmo de longe possa esclarecer sobre o delito e sobre o delinquente, o juiz instrutor apurará a vista para não desprezar coisa alguma daquelas que podem ser úteis à descoberta da verdade.

Em quarto lugar, depois de proceder às suas investigações, devem elas ser reduzidas imediatamente a auto, sobre o próprio lugar da observação, afim de que a imaginação não trabalhe em preencher as lacunas deixadas pela infidelidade da memória.

Finalmente, devendo o auto de investigação funcionar como prova material relativamente as coisas que se não podem verificar directamente pelo juiz dos debates, deve ele ser da máxima clareza e precisão. Ele deve, tanto quanto possível reproduzir, como uma fotografia, as coisas verificadas, com as suas respectivas designações de lugar, de modo e de tempo; e por isso será conveniente que as plantas e os desenhos, que se julguem úteis para esclarecer o estado do modo e do lugar das coisas, será bom serem traçadas por mão de perito.

É observando estas regras, e todas aquelas que a arte criminal aconselha e que a lei pode adoptar, como a intervenção de testemunhas estranhas, como a intervenção do acusado, quando já existe um acusado ao tempo das verificações; ó observando tudo isto que a presunção de veracidade das investigações quasi-judiciais, as eleva à altura de judiciais.

Mas, comquanto seja elevada a presunção de veracidade das verificações quasi-judiciais, é necessário, contudo, não esquecer que ela não deixa de ser nada mais do que uma simples presunção, que perde toda a sua eficácia em face da verificação de realidade contrária, e que perde grande parte da sua eficácia em face dos factos verificados que são o fundamento de poderosas presunções em contrário.

Podem também resultar contra o juiz motivos tais de descrédito que lhe tirem toda a fé, ou pelo menos, grande parte dela.

O juiz instrutor que se mostrasse corrompido, poderia acaso merecer fé? O juiz instrutor que, comquanto probo, se mostasse

amigo íntimo, e quasi irmão do acusado, ou um seu inimigo desapiedado, poderia vencer tôda a razão da suspeita? O juiz instrutor, em favor de quem podêsse reverter um crédito, ou em cujo prejuízo podêsse reverter um débito, como consequência da sua sentença, poderá acaso tomar-se, não obstante isso, como seguramente imparcial?

Repetimos, a presunção de veracidade das verificações quasi-judiciais, comquanto elevada, não será mais do que uma presunção *juris tantum*, contra a qual será sempre lícito provar às partes interessadas. Poderá sempre provar-se que a identidade dos objectos a verificar não foi bem determinada; poderá sempre provar-se ter o juiz inserido no auto, como próprias, observações colhidas por outrem; poderá sempre provar-se não ter o escrivão observado coisa alguma pessoalmente, e não ter feito senão escrever passivamente o que o juiz lhe ditava, afirmando, assim, como próprias, as observações únicas do juiz. Todos veem que em todos êstes casos seria absurdo pretender prestar fé ao auto de investigação. Poderá, além disso, sempre provar-se que um auto foi redigido em tempo e lugar diverso do das observações; coisa que diminuiria sempre a sua fé, mais ou menos, segundo a distância do tempo da redacção, ao da observação, e segundo os diversos critérios adoptados pelas legislações especiais.

#### CAPÍTULO IV Avaliação

##### concreta da prova material

Para a avaliação concreta do testemunho e do documento, deixamo-nos guiar por três espécies de critérios: critérios objectivos, critérios subjectivos e critérios formais. E vimos que êstes critérios são bem distintos entre si, porquanto em tôda a afirmação pessoal se distinguem perfeitamente a pessoa que afirma, a forma por que afirma e coisa que afirma. Dar-se há o mesmo quanto à prova material?

Se na prova material atendemos em particular ao conteúdo,

êste apresenta-se em geral distinto do que constitui o seu sujeito e a sua forma: Também quanto à prova material, em suma, *o que se prova* não é a mesma coisa do que a *prova*. Isto é evidente quanto à prova material indirecta: consistindo esta em uma coisa diversa do delito, a qual serve para provar o delito, segue-se que *prova* e *coisa provada* são duas coisas materialmente distintas entre si. Relativamente, pois, à prova material directa, se é verdade que, *emquanto esta é propriamente directa*, prova e coisa provada se confundem na evidência da verdade directamente percebida, é necessário muitas vezes uma observação cuidada e raciocinada, que, excluindo tôdas as hipóteses não criminosas, a faça tomar como tal. É necessário além disso, observar que a verdade que se procura no julgamento penal, não se revelando, na materialidade directamente percebida, se não *em parte*, se esta parte, emquanto a si mesma, é a própria evidência da verdade, e é o consequentemente ao mesmo tempo prova e coisa provada; emquanto, pois, às outras partes da verdade, não percebidas em si mesmas, funciona como prova de uma coisa provada realmente distinta. Àquela mesma parte da verdade, em suma, que se apresenta imediatamente à percepção emquanto a si mesma, serve para provar outras partes, não perceptíveis directamente, da verdade que se procura verificar, e estas outras partes são, assim, uma coisa provada que é diversa da coisa que a prova: recai-se na prova indirecta, e na consequente distinção entre prova e coisa provada.

Concluimos de tudo isto, que na avaliação da prova material, para apresentar o seu *conteúdo*, são necessários critérios particulares, diversos dos que respeitam ao *sujeito* e à *forma*; e êstes critérios particulares são os mesmos que expozemos na terceira parte dêste livro, falando de prova directa e indirecta. Não é necessário repeti-los.

Se do conteúdo passamos a examinar o *sujeito* e a *forma* da afirmação, vemos, ao contrário, que na prova material o primeiro não se distingue da segunda, como se distingue no testemunho e no documento. E é claro, no testemunho e no documento, que são provas pessoais, a pessoa que afirma ó sempre coisa diversa

da sua afirmação formal Mas na prova material o sujeito e a forma confundem-se, porquanto a coisa material só se individualiza nas mesmas formas materiais com que aparece: a vida da coisa material está tôda nas formas materiais da sua existência. E por isso, ao avaliar a prova material, o sujeito e a forma da afirmação não devem ser considerados por meio de critérios particulares, mas sim com critérios comuns.

Na investigação, pois, dêstes critérios comuns que servem ao mesmo tempo para avaliar o sujeito e a forma da prova material, é necessário partir dos motivos genéricos de credibilidade que apresenta em si o que chamarei, pois que sujeito e forma não são mais do que uma o mesma coisa, sujeito formal da prova material.

Dissemos que como a *veracidade* humana, inspirando fê na afirmação pessoal, a vai procurar e recolher como prova pessoal, nas duas espécies formais do *testemunho* e do *documento*, assim também a presunção da *veracidade* das coisas, inspirando fê na afirmação de coisa, a vai procurar e recolher como prova real, exteriorizando se na única espécie formal de que 4 capaz, e que constitui a *prova material*. Vemos conseqüentemente que o fundamento da credibilidade genérica da prova material é a *presunção da veracidade das coisas*.

Esta presunção de veracidade das coisas, como ainda o vamos ver, é uma presunção complexa, derivada da reunião de duas presunções menores: presunção de *identidade intrínseca*, pela qual se supõe que a coisa é realmente em si mesma o que parece ser; presunção de *identidade extrínseca*, pela qual se supõe em primeiro lugar que a coisa que pelas suas manifestações parece ser pertencente a uma dada pessoa, em um dado tempo e lugar, é justamente essa, e não outra que se lhe assemelha; e supõe-se em segundo lugar que as modificações que as coisas apresentam foram produzidas naturalmente, e não introduzidas por obra maliciosa do homem, destinada a enganar.

Ora, para avaliar subjectivamente a prova material, é necessário examinar se estas presunções menores, que somadas constituem a presunção genérica maior da *veracidade* da\* coisas, sio



ou não contestadas pelas condições concretas da coisa material, que é chamada a funcionar como prova: é necessário, por outros termos, estabelecer em concreto a identidade externa, e a identidade interna da coisa probatória, para se poder afirmar em concreto a veracidade.

Emquanto à identidade interna o trabalho torna-se mais fácil; determina-se por meio da observação directa, recorrendo à inspecção de peritos sempre que a percepção comum não possa emitir pareceres seguros. Quando um pó, que parece venenoso, é apresentado como tal em juízo, bastará o seu exame cuidado e por meio de peritos para se verificar se existe ou não em realidade um pó venenoso ou inofensivo. Àquilo que tem tôdas as aparências de uma bengala, supõe-se ser uma bengala; e em concreto bastará o seu exame atento, para demonstrar que é própria e realmente uma bengala, e não uma arma explosiva, com a aparência de bengala.

Não é, ao contrário, igualmente fácil, quando necessário, estabelecer o que chamamos identidade extrínseca, ou genuinidade das coisas.

A genuinidade das coisas tem, repetimo-lo, um duplo conteúdo. Consiste, em primeiro lugar, na certeza de que a coisa, que se julga ter tido uma dada relação de pertinência com uma dada pessoa, um dado lugar e um dado tempo, seja propriamente a que na realidade teve essa relação. Consiste em segundo lugar na certeza de que a coisa não foi falsificada.

Todos veem as dificuldades, quando necessária, da primeira investigação, isto é, da investigação da pertinência de uma coisa a uma dada pessoa, em um dado tempo e em um dado lugar. Uma coisa, que pelas suas determinações distintivas parece ser a de Tício, nem sempre é a mesma, sendo difícil existirem em uma dada coisa determinações individuais que a distingam clara e seguramente das outras coisas congêneres. E depois, mesmo para existirem estas determinações capazes de assegurarem que a coisa que se percebe é propriamente a de Tício, é difícil sempre obter informações seguras destas determinações, relativamente ao tempo em que a coisa era possuída por Tício: a simples per-

cepção directa servirá para estabelecer como a coisa se apresenta em juízo mas será necessário proceder a investigações, nem sempre fáceis para estabelecer como era propriamente a coisa possuída por Tício; e para isso teremos que recorrer às afirmações das pessoas que perceberam a coisa quando se achava em poder de Tício.

Emquanto, pois, à investigação sobre se as modificações inerentes a coisa material foram ou não produzidas por obra maldosa do homem destinada a enganar, quando seja necessária uma tal investigação todos compreendem também as suas grandes dificuldades.

As coisas materiais, devido à sua natureza passiva, acham-se normalmente sujeitas às modificações que lhe são impressas por outras coisas ou pelas pessoas, e é precisamente por isso que as coisas podem funcionar como prova. Todas estas modificações normais, que não são produzidas no intuito de uma falsa afirmação, não alteram a *genuinidade* da coisa, e não devem ser, portanto, examinadas pela avaliação *subjectiva*. Elas entram no estudo *objectivo* da prova material, porque é com o estudo objectivo da prova material, com o estudo do seu conteúdo, que deve examinar-se se as modificações aparentes das coisas se acham ou não ligadas ao delito, e podem ou não servir para a sua verificação. Às coisas, subjectivamente, por si mesmas, nunca mentem; a voz das coisas, que se concretiza nas determinações formais de modo, de lugar e de tempo, nunca pode ser falsa por si mesma. Somente, pelo facto das coisas serem polívocas, é que nem sempre se compreende qual é a voz que, emanando da genuinidade das coisas, corresponde à verdade: e a determinação disto, é confiada justamente à avaliação objectiva da prova material.

Mas se as coisas não podem ser *falsas* só por si, podem contudo ser *falsificadas* por obra do homem, que pode maliciosamente imprimir-lhes uma alteração enganadora, naquelas determinações de lugar, de tempo ou de modo, que constituem a subjectividade formal da prova material; e investigar se a coisa foi ou não falsificada pertence à avaliação subjectiva, enquanto

tende a estabelecer a credibilidade subjectiva da coisa probatória, isto é, a estabelecer se a coisa material se apresenta com a missão subjectiva de provar a verdade que deriva da natureza, ou se foi, ao contrário disso, modificada por maldade do homem de modo a produzir uma falsa afirmação com o fim de enganar. Antes de se examinar se a mancha de sangue, verificada sobre um casaco encontrado em casa de Ticio, se relaciona com o delito cometido por Ticio ou se com outra causa não criminosa, cuja investigação consiste na avaliação objectiva dessa prova; antes disto é necessário investigar se aquela mancha foi ou produzida por maldade de um inimigo, ou se por precaução do verdadeiro culpado, para induzir em erro a justiça. Assim também, se um objecto furtado, ou um instrumento criminoso, se encontra em casa de Ticio, é necessário antes de mais nada examinar se ele pode ter sido aí introduzido por malvadez de um inimigo, se por precaução do verdadeiro culpado. Estas investigações destinadas a esclarecer em primeiro lugar se a prova material foi ou não falsificada, embora, pelo que temos dito, pertençam propriamente à sua avaliação subjectiva, contudo, pela sua índole, são também enquanto servem para estabelecer a sua credibilidade subjectiva, completamente análogas às investigações que se dirigem à avaliação objectiva da prova material, apresentando iguais dificuldades, e tendo necessidade de iguais métodos, para se chegar à descoberta da verdade. Da mesma forma que com a avaliação objectiva se procura investigar-se a materialidade, que atesta, da coisa deve referir-se ao delito, ou se deve explicar-se por meio de hipóteses naturalmente não criminosas; assim também, nesta avaliação subjectiva especial deve investigar-se se a materialidade que atesta, da coisa, deve explicar-se por meio de falsificação do homem: investigação, esta última, que, quando necessária, não é menos árdua que a primeira.

Mas em geral pode dizer-se, que as investigações difíceis para a avaliação subjectiva da prova material são necessárias bem raras vezes; e que tem maior importância para a prova material a sua avaliação objectiva, que leva constantemente a investigações difíceis. A menor importância da avaliação subjectiva

explica-se, pois, claramente, quando se atenda a que a posse judicial das coisas, para se fazer servir de prova, tem lugar, quasi sempre, imediatamente em seguida ao delito, e que, pela posse judicial imediata das coisas, se por um lado, a sua pertinência é assegurada a uma dada pessoa, ou a um dado lugar e tempo, por outro lado são elas subtraídas à facilidade de possíveis falsificações, com as mil garantias de que é costume rodeá-las, quando caem em poder da justiça.



## CONCLUSÃO

O alpinista que cubiou pôr os pés sôbre uma certa altura, quando por caminho fatigante a alcançou, gosta de volver da altura já conquistada os seus olhos para baixo, e repousar-se contemplando o caminho percorrido: pode êle então apreciar se aquele era o bom caminho. Nós, por isso, tendo alcançado o têrmo do nosso caminho, gostamos de nos voltar para trás, afim de contemplar o caminho que percorremos.

Partindo do axioma jurídico, de que não há pena legítima sem a certeza sôbre o facto da delinqüência, empreendemos o estado dessa certeza.

Consistindo a certeza em geral na posse que se crê ter adquirido da verdade, e chegando essa posse ao espírito humano por meio de eficácia reveladora das provas, julgamos necessário considerar a certeza tanto na sua natureza lógica interna, quanto na sua fonte ontológica. Começamos, por isso, por estudar o que é a certeza como um estado lógico interno, analisando os variados e possíveis estados de espírito relativamente ao conhecimento da realidade; e passamos em seguida ao estudo das provas, como geradoras daquêles estados psicológicos. Das cinco partes em que se desdobra o livro, só a primeira se ocupa do estudo dos vários estudos de espírito relativamente ao conhecimento da realidade, e em particular ao estudo da certeza; tôdas as outras Partes referem-se, ao contrário ao estudo da prova como fonte daquêles «atados psicológicos em geral, e da certeza em particular.

Estudando, pois, a prova, julgamos conveniente, em primeiro lugar, considerá-la em geral, determinando e esclarecendo

aquelas verdades probatórias que se referem à sua natureza genérica.

Passamos, em seguida, ao estudo da prova nas suas espécies, que determinamos por meio de três critérios essenciais à sua natureza: o critério do objecto, o do sujeito e o da forma. Sob o aspecto objectivo, determinamos e estudamos a prova como directa e indirecta: sob o aspecto subjectivo, determinamo-la e estudamo-la como prova real e pessoal; sob o aspecto formal, finalmente, determinamo-la e estudamo-la como prova têtenuhal, prova documental e prova material.

Eis aqui as linhas simples do nosso tratado, dentro das quais, se nos não enganamos, tôda a matéria das provas encontra a sua organização científica e seu desenvolvimento lógico. Voltando-me, pois, para trás a examinar o espaço percorrido, parece-me não ter perdido o caminho. Engano-me talvez? Seja como fôr, tendo alcançado o têtenu da minha viagem, é-me agradável pensar que te tive por companheiro, oh leitor bom e inteligente que me seguiste até aqui: escrevendo, pareceu-me por vexes consultar te, e ouvir as tuas opiniões, os teus conselhos, e até as tuas palavras animadoras. Como é doce esta confraternização dos homens no mundo das ideias, esta troca de colóquios íntimos entre consciências distantes, êste convívio e, direi quási, êste tocar-se dos espíritos, sem a proximidade dos corpos!

E agora, caro leitor, em seguida a uma convivência espiritual contigo, escrevendo a última página dêste livro, sinto a impressão de me separar de um amigo, e surge-me inesperadamente no espírito a melancolia das despedidas.

Oh caro leitor, será possível não nos voltarmos a encontrar? Permite, se te não desagrada, que em vez de nos dizermos adeus, digamos antes: até nos tornar a encontrar.

FIM

# ÍNDICE

DEDICATÓRIA .....	PAG.
.....5	
PREFACIO .....	
..... 7	
INTRODUÇÃO .....	
13	

## PRIMEIRA PARTE

### Estados de espírito relativamente ao conhecimento da realidade

PREÂMBULO .....	19
CAPÍTULO I — Certeza, sua natureza e espécies .....	21
CAPÍTULO II — Certeza emquanto ao sujeita, e convencimento judicial .....	
.....	45
CAPÍTULO III — A probabilidade em relação com a certeza .....	
.....	57
CAPÍTULO IV — A credibilidade em relação à certeza e à probabilidade .....	67

## SEGUNDA PARTE

### Da prova em geral

CAPÍTULO I — Prova e regras genéricas probatórias. ....	
84 CAPÍTULO II — Classificação fundamental das provas deduzida da sua natureza .....	
.....	115
CAPÍTULO III—Classificação acessória das provas derivada dos seus fins especiais.....	
123	
CAPÍTULO IV — O onus da prova.....	
131	



## TERCEIRA PARTE

## Divisão objectiva das provas

CAPÍTULO I — Prova directa e indirecta .....	147
CAPÍTULO II — Prova directa em especial .....	159
CAPÍTULO UE — Prova indirecta em especial, sua natureza e classificação .....	179
Título 1.º — Presunção .....	196
Título 2.º — Indício .....	205
§ 1.º — Indício em geral .....	205
§ 2.º — Indícios particulares . . . -T '«í # . . . . .	231
Artigo 1.º — Indício causal da capacidade intelectual e física para delinquir .....	
.....	
.....	232
Artigo 2.º — Indício causal da capacidade moral para delinquir pela disposição geral do espírito da pessoa .....	239
Artigo 3.º — Indício causal da capacidade moral para delinquir por um impulso particular para o crime .....	246
Artigo 4.º — Indício de efeito dos vestígios materiais do delito . . .	261
Artigo 5.º — Indício de efeito dos vestígios morais do delito . . .	266
CAPÍTULO IV — Provas indirectas <i>juris et de jure</i> . . .	277

## QUARTA PARTE

## Divisão subjectiva das provas — Prova real — Prova pessoal

PREÂMBULO .....	292
CAPÍTULO I — Divisão subjectiva da prova em real e pessoal . . .	293
CAPÍTULO II — Presença em juízo do sujeito intrínseco da prova: Originalidade .....	309

## QUINTA PARTE

## Divisão formal das provas: Prova

têstemunhal — Prova documental — Prova material      Preâmbulo

prospectivo da divisão formal das provas .....

## . SECÇÃO PRIMEIRA

## Prova testemunhal

CAPÍTULO I — Prova testemunhal, sua credibilidade abstracta e suas espécie .....	335
CAPÍTULO II—Carácter específico da prova testemunhal: Produção oral, sua natureza e seus limites .....	841
CAPÍTULO IH — Credibilidade concreta da prova testemunhal .....	855
Título 1.º — Avaliação do testemunho relativamente ao sujeito.....	358
Título 2.º — Avaliação do testemunho relativamente à forma . . .	379
Título 3.º — Avaliação do testemunho relativamente ao conteúdo. . .	395
Título 4.º — Valor do testemunho clássico.....	411
CAPÍTULO IV — Testemunho de terceiro.....	416
CAPÍTULO V — Testemunho do ofendido.....	428
CAPÍTULO VI— Testemunho do arguido. Sua natureza e suas espécies. ....	443
Título 1.º — Avaliação concreta do testemunho do arguido .....	448
Título 2.º — Testemunho do arguido sobre facto próprio .....	468
§ 1.º — Desculpa .....	470
§ 2.º — Confissão. ....	482
§ 3.º — Confissão qualificada e divisão.....	500
Título 3.º — Testemunho do acusado sobre facto de outrem . . .	512
CAPÍTULO VII—Limite probatório derivado da qualidade de ser único o depoimento .....	533
CAPÍTULO VIII—Limite probatório derivado do corpo de delito. .	551
CAPÍTULO IX — Limite probatório derivado das regras civis de prova.....	563
CAPÍTULO X — Testemunho pericial.....	574

## SECÇÃO SEGUNDA

## Prova documental

CAPÍTULO I — Documento: sua natureza e espécies .....	593
CAPÍTULO LT—Escritos em geral, sua classificação e seu valor.....	599
CAPÍTULO III—Documentos escritos em especial .....	612
CAPÍTULO IV —Avaliação concreta dos documentos.....	627



## SECÇÃO TERCEIRA

## Prova material

CAPÍTULO I — Prova material: sua natureza, sua credibilidade abstracta, e suas espécies .....	635
CAPÍTULO II — O corpo de delito, sua natureza e suas espécies emquanto pode ou deve ser objecto de prova material .....	645
CAPÍTULO III — Prova material propriamente dita e impròpriamente dita .....	661
Titulo I — Prova material propriamente dita: verificação judicial .....	664
Titulo II — Prova material por ficção jurídica: verificação quási-judicial.....	665
CAPÍTULO IV—Avaliação concreta da prova material .....	675
Conclusão .....	683

